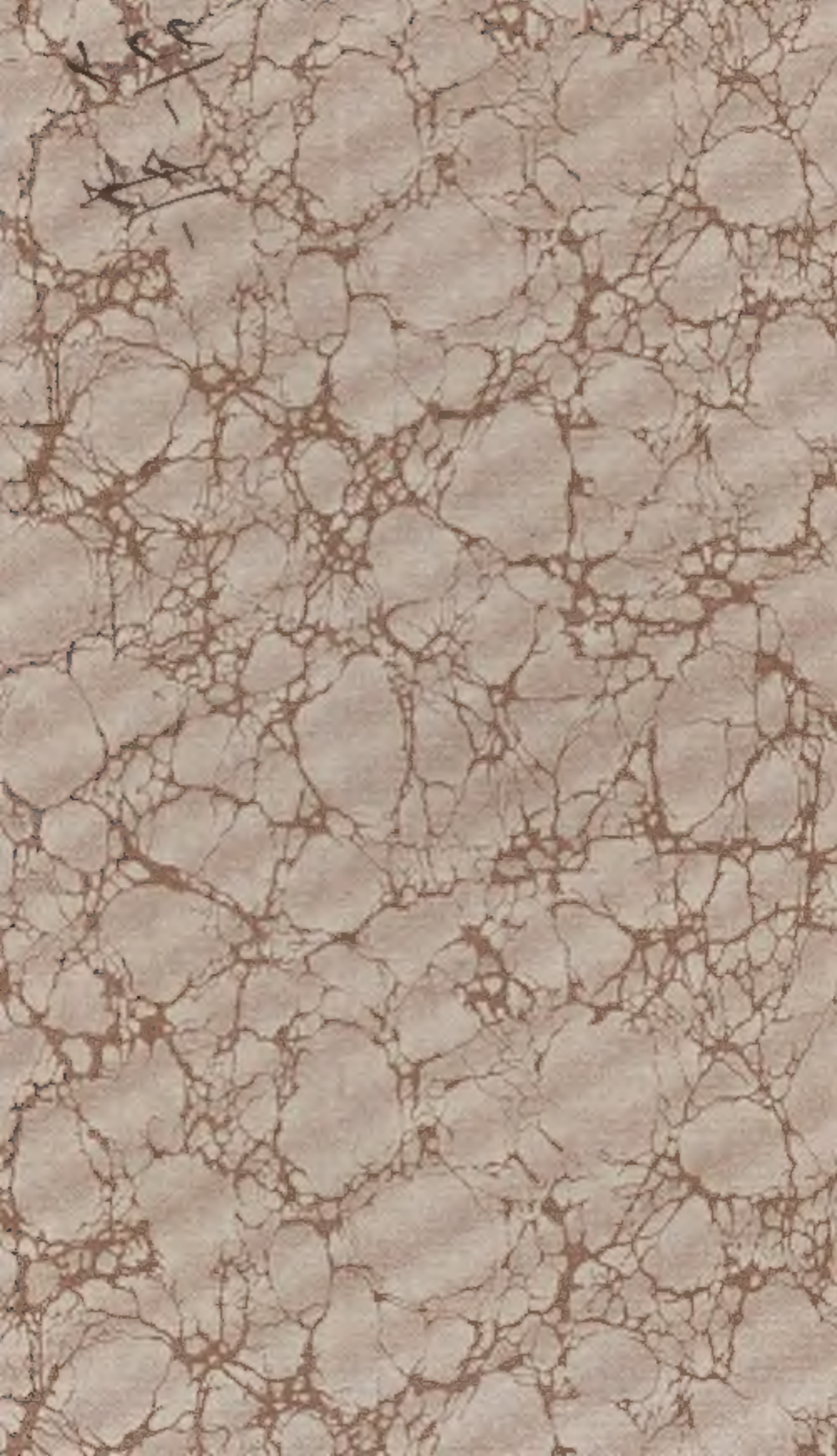


American University of Beirut
University Libraries



Donated by
**Mufti Sheikh Hassan
Khaled**

معهد البعثية
صالح الدين
P. 7728
RELIURE MODERNE
BEYKOUTH Tel 307528



A.U.B. LIBRARY

مصادر الحق
في
الفقه الإسلامي

مصادر الحنفية

في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

(١)

مقدمة — صيغة العقد

ألقاها

عبدلرزاق الشنهوري

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ — ١٩٥٤

١٩٥٤

تمهيد

نحوه الموضوع وبيانه اهميته :

مصادر الحق هي الاسباب التي تفتىء الحق قانوناً . والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون . فلا يدخل في بحثنا إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية ، لأنها ، وإن كانت حقوقاً ، ليست بذات قيمة مالية . وينحصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية ، وهي الحقوق الشخصية والحقوق العينية كما تسمى في لغة الفقه الغربي .

والموضوع بهذا التعديد بالغ الأهمية . فالتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني تمييز جوهري في الفقه الغربي ، بل هو بمثابة العمود الفقري في القوانين الغربية التي اشتقت من القانون الروماني . ومصادر الحق ، سواء كان الحق شخصياً أو عيانياً ، من أدق الموضوعات وأكثرها غموضاً في الفقه الغربي . فنحن إذن نعتمد إلى موضوع هو من أهم الموضوعات وأدقها في الفقه الغربي نحاول أن نعالجه في الفقه الإسلامي . وبذلك نضع الفقه الإسلامي إلى جانب الفقه الغربي فيما هو هام جوهري ، وفيما هو دقيق خفي . ونعالج الفقه الإسلامي بأساليب الفقه الغربي . فنبحث هل يوجد في الفقه الإسلامي حق شخصي وحق عيني بالمعنى المعروف في القوانين الغربية المشتقة من القانون الروماني ؟ وهل يمكن تقصى مصادر الحقوق الشخصية ومصادر الحقوق العينية ؟ وهل يمكن إرجاع هذه المصادر جميعاً إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية (fait juridique) بالمعنى والحدود المعروفة في القوانين الغربية ؟

هذا ما سنحاول معالجته في هذا البحث . ولا شك في أن دقة الموضوع

تقتضى إعادة البحث مرة بعد أخرى . قلن تكون هذه المرة الأولى إلا تمهيداً
للمرات التي ستأتي بعدها بمشيئة الله .

خطمة البحث :

ونراعي في بحثنا هذا الأمور الآتية :

(أولاً) لا يعني أن نحصد طائفة من المعلومات الفقهية والقانونية أكثر
من أن نرسم طريقة بحث علمية صحيحة .

(ثانياً) إذا كنا سنجرى في بحثنا على أساليب الفقه الغربي ، فإن المصادر
التي سنستند إليها هي المصادر الإسلامية ، بل هي المصادر الأولى في الفقه
الإسلامي ، فترجع إلى أمهات الكتب المعتمدة في المذاهب المختلفة ، وننقل
النصوص ذاتها كما وردت في هذه الكتب ، ونرجع كذلك عند الحاجة إلى كتب
الفقهاء المحدثين (١) ، وبحوثهم وإلى المنشرفين ممن كتبوا في الفقه الإسلامي (٢) .

(ثالثاً) لن يكون هنأ في هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامي والفقه
الغربي من فروق في الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك
سنعمل بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص . ولن
نحاول أن نسطح التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس
موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل
بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته . وتقتضى الدقة والأمانة العلمية

(١) نقصد بالفقهاء المحدثين الفقهاء الذين كتبوا في الفقه الإسلامي في عصرنا هذا وبسطوا مسائله
في لغة قريبة إلى مدارك هذا العصر ليقرّبوها إلى أذهان الدارسين . وهي مدرسة تنتظم
طائفة من رجال الفقه ادوا إلى الفقه الإسلامي خدمة جليلة بما نشروا من متون وشروح وبحوث
ولعلنا لا نخطئ إذا اعتبرنا المفقور له محمد قنري باشا زعيم هذه المدرسة أو هو رائدها الأول .

(٢) علماء الغرب الذين كتبوا في الفقه الإسلامي كثيرون . ولكن غالبيتهم مستشرقون
من غير رجال القانون ، وقلتهم من رجال القانون غير المستشرقين ، ويندر أن نجدهم فيهم
مستشرقاً من رجال القانون .

عليها أن تحتفظ لها الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن في هذا أشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه العربي ، ولا يعيب أن يكون الفقه الإسلامي قريبا من الفقه العربي ، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة ، بل لعله ينتفع به عن جانب الوحدة والابتداع . وهو جانب نفقة الإسلامى منه حظ عظيم .

(رابعاً) وسنحاول قدر ما ينهأ بنا من الأسباب أن نحدد اتجاه الاجتهاد الفقهي في مراحله المتعاقبة ، حتى ندرك ما وراء ذلك سر هذا الاجتهاد ، فمناخه في تطوره إلى حيث يقف بنا في آخر خطواته ، ثم نطرح أي كان يصح وأنه تابع تطوره ، ونعمل ذلك في كثير من الآراء والحرص .

وسنقدم لبحثنا الكلمة في الحق الشخصي وحق العيني في الفقه الإسلامي واستقصاء مصدر كل منهما ، حتى نردها جميعا إلى التصرف لقانوني والواقعة القانونية . ثم نعمل البحث في قسمين ، نقرر القسم الأول منهما للتصرفات القانونية وأهمها العقد ، ونستعرض في القسم الثاني الوقائع القانونية .

مقدمة

الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما

في الفقه الإسلامى

الحق والرخصة في الفقه الغربى - منزلة وسطى :

سبق أن عرفنا الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مألوفة يحتملها الغير ، وقبل أن
ننتقل إلى تقسيم الحق إلى شخصى وعينى ، نشير إلى الفرق بين الحق والرخصة .
والحق هو ما عرفناه . أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من
الحريات العامة ، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات
العامة . ذلك أن الشخص ، في حدود لقانون ، له حرية العمل والتنقل والتعاقد
والتملك وغير ذلك من الحريات العامة . فإذا وقفنا عند واحدة من هذه
الحريات ، حرية التملك مثلاً ، أمكن أن نقول ، في سبيل المقارنة ما بين الحق
والرخصة ، إن حرية التملك رخصة أما الملكية حق .

وما من الرخصة والحق يوجد منزلة وسطى ، هي أعلى من الرخصة وأدنى
من الحق ، ويستثنى مثلاً السابق وهو حرية التملك . فحق التملك وحق الملك ،
الأول رخصة والثانى حق . وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن
يتملك . فلو أن شخصاً رأى داراً أعجبه ورغب في شرائها ، فهو قبل أن
يصدر له إيجاب البائع بالبيع ، كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها ،
هذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ،
وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة
والحق بالنسبة إلى الدار . فهو من جهة ليس له حسب مجرد رخصة في تملك
الدار كغيرها من الأعيان التى لا يملكها . وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن

يصبح صاحب الملك في الدار . بل هو بين بين . له أكثر من رحمة التملك وأقل من حق الملك . له الحق في أن يملك . إذ يستطيع بقوله لبيع . أي بإرادته وحده ، أن يصبح مالكا للدار .

ولم يصل الفقه الغربي إلى تبين هذه الميزة الوسطى إلا حيث ارتق ووصل في لرقى إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث . ويدعو الفقيه فون نور (Von Tuhr)^(١) هذه الميزة الوسطى ، بالحق المسمى ، (droit formateur) ، ويعرفه بأنه : مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانونى خاص ، في أن يحدث أثراً قابوياً محض إرادته ، " ويأتى بأمثلة لهذا الحق المسمى يذكر منها : حق من وجه إليه الإنجاب ، وحق المسترد في أن يسترد الحصة المبيعة ، وحق البائع وفاء في أن يسترد المبيع ، وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة .

هذه الميزة الوسطى به يفهمها الفقه الإسلامى :

نبه إلى وجود هذه الميزة الوسطى في الفقه الإسلامى الأستاذ شفيق شحاته في كتابه في " النظرية العامة للإلزامات في الشريعة الإسلامية " ^(٢) . إذ يستعرض المقبوض في الدين المشترك ، وهو الدين الذى يملكه أكثر من دائر واحد فإذا قصر أحد الدائنين شيئاً منه ، كان للباقي حق في المقبوض هو هذه الميزة الوسطى . ويقول في هذا الصدد : " المقبوض هو إذن ملك القاض خاصة ، على أن للدائر الشريك حقاً ثابتاً في الشيء . المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن لشريكه نصيباً فيص المأخوذ ولو أنه لا يستطيع تنفع المقبوض بين يدي الغير ... هذا الحق هو إذن حق شبه عيني ، فصاحبه ليس له

(١) جزء أول ص ١٩ - ص ٢١ .

(٢) وهذا ما يقول بلفظه .

« La faculté appartenant à une personne, en raison d'une situation Juridique speciale, de produire, par sa seule volonté, un effet juridique » .

(٣) ص ٢٦٥ - ص ٢٦٧ .

حق ملكية ، بل حق في أن تملك ، ولهذا الحق نظائر في الشرع ، وإذا كنا لا نشارك الأستاذ شفيق شحاته في تكليف هذا الحق بأنه « شبه عيني » ، ونرى أنه ليس حقاً بل هو منزلة وسطى بين الحق والرحصة كما أسلفنا القول ، إلا أننا نتمفق معه فيما ذهب إليه من أن للدائن الشريك حقاً ما في الشيء المقبوض ، ليس بمجرد رحصة وليس حق ملك كامل ، ولكمه حق في أن يملك نصيبه في الشيء المقبوض إذا هو أعلن إرادته في ذلك . وقد وجد الأستاذ شفيق شحاته نظائر لهذا الحق ، في الشرع الإسلامي من ذلك حق المجني عليه في العمد الجاني ، فإنه يدفع العبد بصبح مملوكاً للمجني عليه . على أنه إذا تصرف المولى في العمد قبل الدفع بقلب حق المجني عليه إلى مجرد تعويض . ومن ذلك أبصاً من وقع في سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان ملكاً له . فلو لاه الأول أحده بالقصة . فإن تصرف فيه الذي وقع في قسمه حراً تصرفه ولم يكن للمولى فسخه .

وبما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامي أن لقراقي في « المروق » ، بقائل ، في عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرحصة ، ويقول عن صاحب الرحصة « من ملك أن يملك » ، وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضي المطالبة بما هناك » ، ويسكر على الأول أن يكون ماسكاً إطلاقاً ويحتمل الثاني محلاً من غير . ونمثل ما قوله في هذا الصدر .

و أعلم أن حجة من مشايخ مذهب رضوان الله عليهم أجمعين إقرارهم بقولهم « من ملك أن يملك هل بعد ماسكاً أم لا ، قل لا » . وليس الأمر كذلك بل هذه قاعدة واضحة . وبين علام أن الإنسان يملك أن يملك أو يبيع شاة ، فمن يتحل أحد أنه بعد ما كان الآن قد شرائها حتى يملك لربها عليه عي أحد التمس . أو لا كان الآن قال آبي أن لا وفي معنى في وجوب تصديق واسقة عليه ، لأن في أن يحطب لما ، لأنه ملك أن يملك عصمها أو الإنسان مالك أن يملك حادماً أو دابة ، فمن يملك أحد أنه بعد الآن ماسكاً لهما فيجب عليه كليهما ومؤتمتهما حتى يقال من الأموال لشده أو الحدة بل هذا

لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه . وكذلك الإنسان يملك أن يشتري أقراره ، فهل يعده أحد من الفقهاء مالكا لتربيته فيعتقه عليه قبل شرائه على أحد لقراي في هذه القاعدة على زعم من اعتقدها ! بل هذا كله باطل بالضرورة . ونظائر هذه الفروع كثيرة لا يعد ولا تحصى ، ولا يمكن أن يجعل هذه من قواعد الشريعة الائمة . بل لقاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها ، أن من جرى له سب يقتضى المطالبة بالتخليك هل يعطى حكم من ملك ؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل : (المسألة الأولى) إذا حيرت العينة فقد انعقد للجهاديين سب المطالبة بالقسمة والتخليك ، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا ؟ قولان ، قبل يملكون بالحرر والأخذ وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وقيل لا يملكون إلا بالقسمة وهو مذهب مالك رحمه الله . . . (المسألة الرابعة) الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سب يقتضى المطالبة بأن يملك الشخص المبيع بالشفعة ، ولم أر خلافا في أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سب يقتضى أن يملك من يب المال ما يستحقه نصفه فمه أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق ، كالجهاد والفصاء واعتناء القسمة بين الناس أملاكهم وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يعطى لأحله ، فإذا سرق من يعد كالك لا يجب عليه اخذ وجرد سب المطالبة بالتخليك ، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور ؟ قولان . فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سب نبيك في تشبهها عسر لأجل كثرة القروض عليها ، أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير حريه سب يقتضى مطالته بالتخليك ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة للطلان لصعب المناسه جأ أو لعدمها ائمة أما إذا قلنا انعقد له سب يقتضى المطالبة بالتخليك ، فهو مما سب لأن يعد مالكا من حيث ائمة ، تبيلا لسب السب مارة لسب ، وإقامة لسب البعيد مقام السب القريب . فهذا يمكن أن يتحیل وقوعه قاعدة

في الشريعة . أما مجرد مادكر وه فليس فيه إلا محرم - الإمكان والقبول لملك ، وذلك في غاية البعد عن المناسبة ، فلا يمكن جعله قاعدة ،^(١) .

ويتبين مما نقلناه عن القرافي أنه يميز بين أوصاف ثلاثة :

(أولا) وضع من ملك أن يملك ، كمن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتروح ومن ملك أن يملك غادما أو دابة ومن ملك أن يشتري أقاربه إذا كانوا عبيداً . هؤلاء جميعا لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق والعتقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة ، ولا على الرابع العتق . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه العربي أن هؤلاء جميعا ليس لهم حق الملك ، وإنما لهم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق .

(ثانيا) وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك ، كما في حيازة العنينة بالنسبة إلى المجاهدين وفي بيع الشريك لصيه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفي بئ المال بالنسبة إلى المستحق لعقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أيضا ، على خلاف في الرأي ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي المطالبة بالتمليك . فالمجاهد لا يملك العنينة إلا بالقسمة ، والشفيع لا يملك الشخص المبيع إلا إذا أخذ بالشفعة . والمعتق لا يملك شيئا من بئ المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه أخذ . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه العربي أن هذه هي المراتلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فهي دون الملك وفوق الرخصة .

(ثالث) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضا أو شفيع في دار ، فهذا هو الذي له حق الملك .

والذي يعنينا في بحثنا هذا هو الحق ذاته ، لا الرخصة ولا هذه المراتلة الوسطى . ونبعث في هذا الصدد مسألتين .

(١) الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي .

(٢) حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، شخصيا كان الحق أو عيبيا .

الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

الحق، في الفقه العربي المشتق من القانون الروماني، إما شخصي أو عيني فالحق الشخصي أو الالتزام هو رابطة ما بين شخصين دثن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. والحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين مائدات.

فهل في الفقه الإسلامي نظير الحق الشخصي وسحق العيني للمع الذي قدمناه؟ نظر ذلك في مبحثين متعاقبين، أولهما للحق الشخصي أو الالتزام والثاني للحق العيني.

(أولاً) الحق الشخصي أو الالتزام

التعريف مستعار من الفقه الغربي :

الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعراه من الفقه العربي، ولا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير. وسنرى أن سبب ذلك يرجع إلى أن ما نسميه بالحق الشخصي أو الالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض، ولم يحاول علماء الفقه الإسلامي أن يدمجوا هذه الروابط في وحدة فننظمها جميعاً فيعبروا عنها بالحق الشخصي أو الالتزام.

يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي في بعض الحالات لفظ «الحق»، ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقولون حق الله وحق العبد. ويستعملون لفظ «الحقوق»، ويريدون به في حالات حقوق الارفاق، وفي حالات أخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد، فعقد البيع

حكمه نفل ملكية المبيع وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن . ويستعملون أحيانا لفظ «الالتزام» ، ويريدون به غايها الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ، وبإدراك الالتزامات التي تنشأ عن العقد . أما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية ، أي الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام ، تقصيرية كانت أو عقدية ، تسمى بالالتزامات . فإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهاً يقابل لفظ «الالتزام» ، بالمعنى المعروف في فقه العرب ، وحب أن نستعمل تعبيرين هما «الالتزام» و«الضمان» ، ولا يكون بعد ذلك قد استغنى عن جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرهما المختلفة . فليقتصر إذن على لفظ «الالتزام» ، بمعناه المعروف في الفقه العربي .

الالتزام يشتمل على روابط قانونية منفردة :

قدما أن الالتزام يشتمل على عدة من الروابط المنعزلة بعضها عن بعض في الفقه الإسلامي . ويمكن القول بأن هذه الروابط لا تقل عن أربع ، فهناك : (١) التزام بالدين (٢) والتمتع بالعين (٣) والتمتع بالعمل (٤) والتمتع بالتوثيق .

الالتزام بالدين :

فالالتزام بالدين ، أو الدين غصب ، هو «ما غلبه مبيع من العقود أو حصة من الأشياء المنقبة» . وهذا هو الذي يتعلق بالدين . وعرف صاحب «مرشد الحيران» الدين بأنه «وحد في دمة المدين» . وقد استهلك مال أو ضمان غصب (م ١٦٨) .

«صحيح أن مصير الدين يدعى مدكرة» . مرشد الحيران . . . هي أولاً نقد ، كما قرأ من غيره ، فمقرر أن يرد بغيره مبيعاً من العقود أو أشياء مثله تكون غداً فرضاها ، وكالبيع إذا كان شيئاً نقوداً أو أشياء مثله . ثم لا يشتري أن يدفع هذا شيء مبيع ، أما أراد البائع تقديم المبيع إلى المشتري فيها ثم لا بالعير كما سري . وهي شياً بإرادة مفردة ، كما سري

والهبة والوصية ، إذا كان محل ذلك نقوداً أو مثليات ، وهي ثالنا لعمل غير المشروع ، ولا يقتصر ذلك على العصب كما ذكر صاحب « مرشد الخيران » . فكل ضمان ينشأ عن غير العقد ، كعصب أو سرقة أو إيلاف ، يكون محله عوض الشيء المضمون . وهذا العوض إما أن يكون مبلغاً من النقود هي قيمة الشيء المضمون إذا كان قيمياً ، وإما أن يكون محله من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثلياً . وهي رابعا الإثراء بلا سبب في بعض الحالات ، فمن دفع شيئاً طارأه واجب عليه فبين عدم وجوبه فيه الرجوع به على من قبضه بغير حق (م ٢٠٧ مرشد الخيران) ، فإذا كان هذا الشيء نقوداً أو مثليات كالرجوع بدين متعلق بالدمية . وهي خامسا الشرع ذاته ، كالإثراء بالصدقة ومحله عادة مبلغ من النقود فهو دين متعلق بالدمية .

الالتزام بالعين

والإثراء بالعين هو التزام محله عين معينة بأدب تسليمها أو نفيها منافعها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان .

ومن مصادر الالتزام المنفعة المبردة كالوصية بغير معينة ، والعمل غير المشروع كعصب أو سرقة أو إيلاف ، أمثلة ما كتب العين قبل الإثراء بها تتحول إلى التزام بغير عين معينة أو المال لإثراء بلا سبب كأوقاف من غير واحد من أمثلة ما كتب في رد العين على أن تكون حالات الالتزام بغير عين محددة بمقدار العقد فليس إيلاف يقع على عين معينة بل هو يلتزم بأمرام على سائر تمليكها لمشتري ، وإن كان في حقيقة الإسلام أن يقال إن العقد ينقل الملك دون أن يسبق ذلك أي التزم بغير العين بغير شيء أو بما على آخر سبب من غير سبب آخر . وكل من البيع والإيجار بغير التزم بالتسليم العين المسعة للمشتري أو تسليمه من الأجرة

للمستأجر . والوديعة تنشئ التزاما على المودع عنده يحفظ العين المودعة (١).

الالتزام بالعمل :

والالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار .

فالاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه معين مادته من الصانع (٢) وتجوز إجارة الآدمي محددة أو لغيرها من أنواع العمل ، مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته . والأجير قسمان ، خاص ومشترك ، فالأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص معين مع اشتراط التخصيص عليه ، وليس له أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره . والأجير المشترك هو الذي يعمل لواحد محدد من قائم المقاول . فالأجير الخاص يؤجر كل وقته للعمل ، أما الأجير المشترك فيؤجر نفسه لعمل معين (٣)

الالتزام بالتوقيف :

والالتزام بالتوقيف محله كفاية التزام ، ومصدره عقد الكفالة . وتديكون الالتزام المكفول به التزاما بالدين أو التزاما بالعين ويدخل في ذلك الالتزام

(١) وقد عدد صاحب مرشد الحيران حالات الالتزام بالعين التي تكون مصدرها العقد في المواد من ٢٦٢ إلى ٢٦٥ على الوجه الآتي :

م ٢٦٢ - يصح أن يرد العقد على الاعيان مفولة كاتب أو عقاراً لملكها بعوض أو بغير عوض .

م ٢٦٤ - يصح أن يرد العقد على الاعيان لحفظها وديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها فريضاً ورد بدلها ، ويلاحظ هنا أن الالتزام بالنشئ من الاستهلاك بالتقراض هو التزام بدين لا بعين .

م ٢٦٥ - تجوز ورود العقد على مائع الاعيان للانتفاع بها بعوض إجارة ، أو بغير عوض إجارة ، ورد عليها بصاحبها ، وقد أعمل صاحب مرشد الحيران النص على الالتزام بالنسليم (٢) وقيل أنه يفيد على العمى لا على عمل الصانع ، فكون التزام بعين لا التزام بعمل ، حتى أن الصانع لو جاء شيء من صنع غيره موافق للأوصاف ألزم به المستصنع . ولكن الصحيح أن العقد يفيد على عمل الصانع لا على العمى ، فهو التزام بعمل لا التزام بعين .

(٢) انظر المادة ٢٦٦ من مرشد الحيران .

بالتسليم على الوجه الذي سديته فيما بعد . وهناك الكفيل بالنفس ، والمكفول به في هذه الحالة هو إحضار المكفول ، وببرأ الكفيل بتسليمه المكفول للمكفول له ، حيث تمكنه مباحته ولو في غير مجلس الحكم مالم يشترط تسليمه فيه .

ومن ذلك نرى أن الالتزام بالتوثيق إما أن يكون التزاما تعبيا لالتزام بدين أو عين ، وإما أن يكون التزاما أصليا في الكفالة بالنفس .

الدين والعين :

هذه هي أنواع الالتزام المختلفة ، يتميز بعضها عن بعض كما رأينا ، ولا يدعها فقهاء الشرع الإسلامي في نوع واحد يسمونه الالتزام كما يفعل لفقه العرفي . ومن بين هذه الأنواع المتعددة ليس إلا الالتزام بالدين هو الذي يتعلق بذمة المدين ، أما الالتزامات الأخرى فلا تتعلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى التزامات بدين على الوجه الآتي .

في الالتزام بتسليم عين أو منعها بنفس المالك في الحال ، فلا تحقق صورة يتعلق فيها الالتزام دينا في الذمة . وقد قدمت أن هذا لا يعد التزاما في الفقه الإسلامي ، فالعقد هو ذاته الذي ينقل الملكية .

وفي الالتزام بتسليم العين أو بحفظها قد تحقق سبب الضمان في بعض الحالات ، فيتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع قيمة العين ، ويكون دينا متعلقا بالذمة .

وفي الالتزام بالعمل قد يسادن القاضي في بعض الحالات أن ينفذ الالتزام على نعمة المدين ، فيتحول الالتزام دينا في الذمة بقدر هذه النعمة . وفي الالتزام بالتوثيق إذا كانت الكفالة بدين كانت هي أيضا دينا يتعلق بالذمة . وإذا كانت الكفالة بعين فانها تتحول إلى دين تتحول الالتزام المكفول به . أما الكفالة بالنفس ، وهي التزام أصلي ، فلا تتحول إلى دين يتعلق بالذمة بل إن جر . ما ، إذا لم يحضر الكفيل المكفول ، أن يحبس

الكفيل مالم يظهر عمره وعدم اقتداره على إحصاء المكفول ، ولا يلزم الكفيل بأداء الدين أبدى في ذمة المكفول .

ونرى من ذلك أن الإلزام بالدين والإلزام بالعين هما الإلزامان اللذان يرد إليهما في الهابة كل إرغام في الفقه الإسلامي . فقتصر عليهما ، وندعوهما كما يدعيان عادة بالدين والعين .

تمييز بين الدين والعين عبر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني :
وطاهر منه ، ومنه أن الحق بالدين والعين غير تميز بين الحق الشخصي والحق العيني . فليس بالحق الشخصي ، بل هو صورة من صورته . والعين تميز حقاً عن وعصا من الحق الشخصي هو الإلزام بالعين . ومن ثم فالدين أسيق من حق شخص ، ومن أوسع من الحق العيني . ويحلى به من فقهاء الحديث عدم عمره من أن لفقه الإسلامي من غيراً واحتجاً من الحق لشخص ، وحق له يرد من الدين والعين ، أو بين الدين والحق العيني . كونه هو العيني ، وحق لشخص والحق العيني ^(١) . وعندها أنه

(١) من ذلك ما قرره الأستاذ مصطفى الرزقا في الجزء الثاني من كتابه « الفقه الإسلامي في نوبة الجديد » (دمشق سنة ١٩٩٩ طبعه منه) . فهو في موضع من هذا الكتاب (ص ٦٠ - ص ٦١) يحمل الإلزام سائلاً بغير الإلزام بالدين والإلزام بالعين ، وهذا صحيح . ولكنه في موضعين آخرين يخلط بانه بين الحق الشخصي والدين . وطورا بين الحق العيني والعين . فقول في ص ١٦ ، « ومعنا يجب ملاحظته أن الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو موضوعه معين بذاته كي يثبت عنه سلطة صاحبه الحق مباشرة بلا وسطة ، فإذا لم يكن موضوعه متغيراً في الخارج بل ماساً في اللغة كالدين لا يكون الحق عينا بل شخصياً » . وبمثل لهذا اندس اسباب في البذرة التي أورد في آخر كتابه بحق المصنوب منه على العاصب أن يرد المصنوب إلى المكان الذي غصبه عنه . وهذا الحق في الفقه الإسلامي عين لأدين وحمله دينا لإدخاله في نطاق الحق الشخصي هو حصر ليعق الشخصي في الدين ، وقد رأينا أن الحق الشخصي أوسع نطاقاً . ثم يقول الأستاذ الرزقا في ص ٢٠ « تشترط ما يطلب الحق العيني إلى شخصي .. كما في المصنوب ، فانه مدام ساقبه عنه على جانبها في بد العاصب فلذلك حتى عسى فيه سقوطه طلب استرداده » . وهذا سنو أن المؤلف رجوع عن اعتبار حق المصنوب منه على العاصب في أن يرد المصنوب دينا ، ولكن ليسرء حقا عينا . وانصحيح أن هذا الحق شخصي لأعنى ، والذي أوقع العيني فيه أنه عين لا دين فعلق بالحق العيني هنا ، ثم هو شخصي لا عني ، فخلط بالدين هناك . انظر أيضا ص ٢٠ من هذا الكتاب حيث يلهب المؤلف إلى أن الفقه يعلق الحق الشخصي حقا عينيا ، والصحيح أن حق الديان عني حقا شخصيا حتى انقضى سقوطه ، ولم يعلق إلى حق عني .

لا حاجة إطلاقاً للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ، بل يجب على النقيض من ذلك إبراز أن التمييز بين الدين والعين وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي ، هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في لفقه العربي المشتق من القانون الروماني ، فلكل فقه صاعته التي تميزها . وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الإسلامي لا ترتبطه بالقانون الروماني صلة ، ولا تنتقل التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني إلى الفقه الإسلامي كما انتقل إلى القانون المشتق من القانون الروماني (١) .

بروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي — نظرية الدمة :

فالتمييز بين الدين والعين إذن هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي ، وعلماء هذا الفقه يحرصون على التمسك به ما بين الدين والعين إذا عرضت لهم مناسبة في ذلك . ويبيحون هذا التمييز على أساس الدمة . فصولون إن الدين يتعلق بدمة المدين . أما العين فلا تتعلق بدمة . بل ستكون الحق ، غديا كان أو شخصيا ، متعلقا بالعين دائما . فالتعلق بدمة أو عدمه يتعلق بها هو الذي يهوم عليه التمييز بين الدين والعين . ومن ثم يجب أن يستعرض ، في كلمات موجزة ، نظرية الدمة في الفقه الإسلامي

= وكل هذا يدل على غرابة التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني على رجال الفقه الإسلامي ، حتى أن بعض هؤلاء علماء يذهبون إلى الإحد بهذا اسعير قد تخطتهم الدمة احسانا في تمييزه . وكان الاسرار على التحفظ معسلا في نظريته عندما تناول هذا الموضوع في محاضراته لقسم الدكتوراه في (الحق والدمة وناتج التوب فيها) سنة ١٩٤٥ ص ٥٤ - ص ٨١ .

(١) ومن راسا أن اسعاد الفقه الإسلامي عن الإحد بهذا التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ، وهو تمييز جوهري في القانون الروماني - وعدم توسعه في الإحد بنظرية الآثار بلا سبب على ابوجه انبى سسسه فيها على ، وهى نظرية توسع فيها القانون الروماني إلى حدود بعيدة ، من اوضح الأدلة على أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بالقانون الروماني (انظر كتابنا في نظرية العقد ص ٦٩ - ص ٢٧١) . هنا إلى أن نزعة اسقه الإسلامي موضوعية وبرعة القانون الروماني ذاتية .

وقد رأينا أن يبرز هذه الفروق بين الفقه الإسلامي والفقه العربي حتى يحتفظ للفقه الإسلامي بخاصة الخاص على النحو الذي أتينا إليه فيما تقدم .

ينظر في الزم في هذه المسألة :

الذمة في اللغة الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ، ويصير به أهلاً للإلزام وللالتزام ، أي صاحباً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . ولما كانت هذه الصلاحية التي ترتب على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب ، إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة ، فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة ، فالذمة هي كون الإنسان صاحباً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها . والذمة تلزم الإنسان ، إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان ، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب . فأهلية الوجوب إذن ترتب على وجود الذمة . ولا يقتصر الفقه الإسلامي في الذمة على ما في الإنسان من صلاحية للتمك والكسب ، أي على نشاطه الاقتصادي الخصب ، بل الذمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج ، أو كانت مالية ذات صفة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج . ومن ثم كان نطاق الذمة واسعاً في الفقه الإسلامي حتى قال فخر الإسلام ابن دوي إن الذمة لا يراد بها إلا نفس الإنسان .

ونبدأ الذمة بدء حياة الإنسان وهو جنين ، فتكون له ذمة قاصرة ، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقع عليه . ثم يولد حياً فتتكمّل ذمته شيئاً فشيئاً ، في المعاملات والعبادات والحدود ، حتى تصبح كاملة . وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حياً ، وينتهي بموته . وانتهاء الذمة بالموت تحلّف فيه المذاهب . فالسكية وبعض الحنابلة يذهبون إلى أن الذمة تتلاشى بالموت . فإن ترك الميت ما لا تعبقت ديونه به ، ولا سقطت .

والشافعية والحنابلة الآخرون يذهبون إلى أن الذمة تبقى بعد الموت إلى أن توفي الديون . ويستشهدون على ذلك بأن الميت قد تترتب في ذمته ديون بعد الموت ، كما إذا كان قد باع وهو حي عينا فردت بالعيب بعد موته فإن ذمته

تشعل إذ ذاك شمس الببح ، وكذا إذا كان وهو حي قد حمر حفرة في الطريق العام فتردى بعد موته فيها شخص وتلف متاعه فإن دمة الميت تشعل إذ ذاك بالضم . ثم يرتبون على ذلك أن الميت بعد الموت يبقى متعلقا بالدمة ، ولولم يكن الميت ما لم يكن بالدين كص ، فإنه يجوز في هذه الحالة كفائه لدين بعد الموت ، وهو باقي متعلق بالدمة كما تقدم لقول ، ولا يجوز ، في هذا المذهب ، بقاء دمة بعد الموت وبقاء لدين معتق بها دون أن يلقى الحركة إلى ملك الورثة بالموت في الحال .

واحقيقه يذهب إلى أن دمة هذا الميت لا سلاشي ولا شيء ، ولكنها تحترق ، وتقويها أن يترك الميت مالا أو كميلا بدينه . وإن لم يوجد مال ولا كميلا سقط الدين . ولا يجوز في هذه الحالة كدلة الدين بعد الموت كما جاء في قول من يرى بقاء الدمة غير حرة . ونهى التركة المستعركة على حكم ملك الميت . أما التركة غير المستعركة فقد اختلفت الحنفية فيها على أقوال ثلاثة : قيل تبقى التركة غير المستعركة كالتركة المستعركة على حكم ملك الميت ، وقيل لم يمتثل إلى ملك الورثة ، وثالث على حكم ملك الميت بقدر الدين وتعلق إلى ملك الورثة فيما جاز . (١)

(١) سري في هذا موضوع محاضرات الامام علي الجعفي في "الحق والحق" وناشر الموت فيها " سنة ١٩٠٥ ص ٨٢ ص ٩٥ . و نشر في " احكام التركات والمواريث " للشيخ محمد أبو دهره ، سنة ١٩١٩ ص ١٧ - ص ٢٩ .

وهذه هي الخطوط ارسنه نظرية الدمة في الفقه الإسلامي . ويورد هذا الخطوط الرئيسية نظرية الدمة في الفقه العربي لعقد مقدمه من المقربين . فاللغة على النحو الذي صاغ به الفقيه انفسها انموذجا ابرز ورا . هي مجموع احتوى انموذجه ، التي قد وجدت والالزامات الموجودة أو التي قد يوجد شخص معين . ويستخلص من ذلك مميزات (أولا) أن الدمة مجموع من المال (بما) أن الدمة هي الشخصيات القانونية ، لها دأ يدخل فيها الحقوق والالزامات التي قد يوجد ، فهي أدن اعتباره تكسب حق أو يربط الزام ، وهذه هي الشخصيات القانونية .

ويرى على أن الدمة مجموع من المال الصالح للإنه .

١ - يكون للدائن حق ضمان عام على هذا المجموع من المال لا على مال معين بحداد . وهذا يفسر أن الدائن يستطيع استيفاء على مال لمتدين له بكن موجودا وقت سبوه الدين لأن هذا المال قد أصبح في المجموع فأصبح أحد عناصره . ونرى أن الباش لا يستطيع التمسك

المبحث والعين في نطاق نظرية الزمة :

ولما وضعت نظرية الزمة في اعتقه الإسلامي على النحو المتقدم ، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية ، فوجدوا أن الحق العيني والالتزام بالعين

على مال كان موجودا للذمة المدين وقت نشوء الدين ، وخرج من ملكه وقت السقوط ، لأن هذا المال قد خرج من المجموع فلم يعد محسوبا في عناصره .

٢ - يسفل حق العائى بعد موت المدين الى بركة كمجموع من المال . ذلك ان ذمة المدين كمجموع من المال بما يسفل عنه من حقوق والتزامات ، يسفل من المدين الى ورثته فصيح الورثة مسئول عن التزامات المورث ، اما دون حد ان يصير تخصيصه الوارث استمرارا لشخصية المورث ، واما في حدود ما اسفل الى الورثة من الحقوق بطرق الميراث وبم هذا باسمال الورثة بحق الاستماع بالحد . (bechee d'inventaire)

٣ - يقوم نظرية الحلول المعنى على فكرة المجموع . فحب يخرج مال من المجموع ويحل محله ما لآخر ، فتم حلول عيسى ، وبصح المال الجديد من عناصر المجموع مكان المال القديم . ومن امثلة الحلول العيسى في القانون الفرنسى ما بطرا من حلول في مال الزوجية المشترك (communauté) ومال الزوجية الخاص (propre) ومال المير (dot) والمال الذى كسبه الزوجة بعملها ، والبركة التى فيها انوارت مسعفا بحق الحد ، وامثال الموهوب او الموصى به بشرط عدم الصرف فيه او بشرط تحويله الى مؤسسة او بشرط ان بركة احيال محدد (l'institution en plein son) ومن امثلة الحلول العيسى في القانون المصرى ما بطرا من حلول في بركة تحت الصقيه ، وفي مال كسبه بعمله حتى في السادسة عشرة ، وفي مال موهوب او موصى به بشرط عدم انصرف . والراى انحدب بطب الى ان الحلول العيسى يقوم ، لا على فكرة المجموع ، بل على فكرة فقام نظام قانونى خاص (régime juridique) Spécialement pour l'affectation à un but spécial من المال او مالا معينا بالذات . ولهذا الراى بطسفات كثيرة ، منها استرداد الوارث الحقيقي للبركة من انوارت الظاهر ، واسترداد اعقاب كاله من اقم عليه وكلا ، وحلول الموصى او مبلغ التأمين معن العن الموهوبه عند هلاكها ، وحلول الممر الذي ال بالعقمة محل الممر ضمن عن شائعة وقع الصرف فيها بيع او زهي ، وحلول عن محل آخرى في استبدال الواف . (انظر في هذا الراى العديب رسالة غير مطبوعة للمذكور اسماعيل غام في الذمة المالية) .

وبيرب على ان الذمة هي التخصيه القانونية ما مال عاده من ان الذمة لاند لها من شخص ، ومن ان لكل شخص ذمة ، ومن ان الشخص ابواحد لا تكون له الا ذمة واحدة . فالذمة الى كل لا يعفل الصرف ولا التحركة . اما ان الذمة كل لايقبل الصرف فهذا واضح ، لان الذمة هي القابلة لكسب حق او بربيه التزام ، ولا يستطيع الشخص ان يتصرف في هذه القابلة . ويرب اوبرى ورو على هذه الخاصة عدم جواز التصرف في البركة المستقلة ، واستمرار تخصيصه المورث في شخصية الوارث فستل جميع الديون الى الوارث ويصبح السند القابل للتنفذ في حق المورث نافعا في حق الوارث وتصاف حارة المورث الى حيازة الوارث . فاذا اريد تحديد مسئولية الوارث عن ديون مورثه بعدد ما اسفل اليه من الحقوق =

ينصبان على عين معينة بالدات، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين . أما الدين فحله كما قدمنا مبلغ من القود أو حقة من الأشياء المثلية ، ومن ثم نعد أن يتعلق الدين بعين معينة بالدات ، فلم يبق إلا تطبيقه بالذمة إذ هي محل الحقوق والواجبات جميعا . فبرر التمييز بين الدين والعين وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس ، فالدين دون العين هو الذي يتعلق بالذمة .

ومذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور: (١) منها أن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين ، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها

= بالميراث ، وحب اما اعراض بغاء المورث حيا بعد موته الى ان تصفى ديونه ، واما اعراض ان لتوارث شخصيه الاصله مردوجه بحصه المورث الى ان يتم المصفاة . واما ان الذمة كل لا نفس الحزله فمصر واضح ، بعد ان رأنا ان الشخص الواحد قد يفصل من ماله جزء يخصه لنظام قانوني خاص بسبب شخصيه لماله فمليه . ولكن يمكن انقول ، لوحتها لهذا ابرأى ، انه حتى عند تعدد اللحم الماله ، فان كل ذمة منها لاتعمل اسجربه في ذاتها .

ومن هذا العرض سبر ان الذمة في الفقه الإسلامي يختلف عن الذمة في الفقه العربي . ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتي :-

١ - الذمة في الفقه الإسلامي وصف بصدر عنه الحقوق والواجبات الماله وغير المالية ، اما الذمة في الفقه العربي فلا تشمل الا الحقوق والالتزامات المالية .

٢ - وحتى في نطاق المال ، بدأ الذمة في الفقه الإسلامي بالتخصيص ، ثم انتهى الى المال (ولى الديون دون غيرها) . أما الذمة في الفقه العربي فسدا بمآل ، ثم انتهى الى الشخص .

٣ - والذمة في الفقه الإسلامي لاتحمل المال مجموعا تعنى فيه عناصره كما هي حال الذمة في الفقه العربي . ولا يكون المال مجموعا في الفقه الإسلامي ، حتى عند الحجر أو مرض الموت وحتى بعد الموت . ففي هذه الاحوال الثلاثة سلق الديون بمالية الأعيان لا بقواتها كما في الزمن ، ولكن مال المدين لا يكون مجموعا كما في الفقه العربي . بل انه لا يوجد للازم بين الذمة والترك في الفقه الإسلامي ، فقد تبقى الذمة قائمة وتسلم التركة مع ذلك الى الورثة .

ويمكن القول بوجه عام ان الفرق الجوهرى ما بين الذمة في الفقه الإسلامي والذمة في الفقه العربي هو ان الفقه الإسلامي ينظر الى الذمة كشخصة قانونية لا كمجموع من المال . ومن ثم سهل على الفقهاء المعدين ان يمسوا بالذمة في الفقه الإسلامي الخصائص التي يفرعها الفقه العربي على فكرة الشخصنة القانونية ، فعولون ان الذمة لاتنسب الا لشخص ، وان لكل شخص ذمة ، وان الشخص الواحد لاتكون له الا ذمة واحدة (ينظر المراجع السابق الاشارة اليها للاستاد على الخفيف ، ومحمد ابو رهرة ومصطفى الزرقا والدكتور اسماعيل قائم ص ٢٦٨ وما بعدها) .

ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة . (٢) ومنها أن الدين تنفعه المطالبة ، إذ أن وساطة المدين تقتضى مطالبته ، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة . (٣) ومنها أن الدين يرد عليه الأجل ونصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء ، أما الالتزام بالعين وهو منقضى بها مباشرة فكالخلق العين لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء .

انقضاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي :

ومذ برر التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي . ظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . وسبب ذلك واضح من الإبراء بالعين اقترب من الحق العيني في خصائصه ، وانعقد عن الدين . فالإبراء بالعين كما أياً يصب كالخلق العيني على عين مبادات ، وهو كالخلق العيني أيضاً لا يباح من وساطة المدين ولا تنفع المصالحة ولا جود عليه الأجل ولا نصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء . ولا كذلك الدين ، فهو لا يصب على عين مبادات بل يتعلق بمادة ، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتنفع المطالبة ويرد عليه الأجل ونصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء .

ولما اقترب الإبراء بالعين من الحق العيني وانعقد عن الدين . أمكن إدماج الإبراء بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ « العين » عليهما جمعاً ، وأمكنت بعد ذلك المماثلة بين العين والدين على نحو ما قدمناه ، فبرز التمييز بين الدين والعين كما أسلفنا . وستر ضرورة التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ^(١) .

(١) ويعلل الأستاذ سفيان سخاية في كتابه « نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية » (ص ١٦٧ - ص ١٩٩) عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني بأنه يصعب المادية التي اصطفت بها الحق الشخصي فعارض الحق العيني . ويمكن أن يرد عليه في هذه المسألة إلى النقاط الآتية

(١) عنصر المطالبة هو الذي يميز بين الحق الشخصي والحق العيني . فهو الذي يظهر أن الالتزام يضمن ارتباطاً بين شخصين . أما الحق العيني فلا يضمن المطالبة إذ ليس هناك من يعرض صاحب الحق دون الشيء محل الحق .

(٢) ومع ذلك لم يذهب الفقهاء إلى عنصر المطالبة في الالتزام ، واعتزل النظر إلى الرابطة الشخصية ما بين صاحب الحق والمدين بالحق أو بين المطالب والمطلوب ، ووجه اهتمامها إلى موضوع الحق ، فصعب الالتزام بذلك صيغة مادية بحتة .

هل تطور التمييز بين الدين والعين في الفقه الاسلامي إلى تمييز بين الحق

الشخصي والحق العيني :

ولتابع تطور الفقه الإسلامي إلى رعاية القسوى من مراحلها، وهذه هي الخطوة التي قلنا إنها سبترها في تحتها . يحور أن نساؤل هل تطور الفقه الإسلامي ،

(٢) وقد فعلوا ذلك في الالتزام بالنفس حيث يكون العيني في جانب الاحسان معلا كدراك الحق عسى فحسبنا الحق الشخصي ، وفي الالتزام بمول وهو نفس في الواقع الا عبادته عن التزام تسليم شيء أو يصنع شيء أو بالإسقاط شيء .

(١) من فعلوا ذلك ايضا في الالتزام بالنفس ، فلم ينظروا انه الا عيني انه شيء أو مال حتمي ، حتى انهم قسموا الاموال جميعها إلى قسمين وهذا انديس وانعبي .

(٥) والد صريح ايضا، الالتزام بمختلف أنواعه حدد انفسه المادية ، وانبروا في كل من الدين والعيني موضوع الحق دور الارتباط الشخصية ، فقد خلطوا ما بين الحق الشخصي والحق العيني ، ولم يكن يفكره الالتزام بعد ذلك كله الا ان نظمنا انطباعاً كلاً .

هذه هي ختبات السلسلة المنطقية التي سالت الاستاد سائق سبحانه اني انقول بمسؤولي التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في لغة الاسلامي ، انما ما واحد بعد الاخرى سوق بعضها بعضاً ، حتى سبي تنرد في وضوح وخلا .

ويجى بقره فما ذهب اليه انه من نموي سمر ما بين الحق الشخصي والحق العيني في انفسه الاسلامي ، ولك سرور كرا في ان يقول معه ان اعتقادهم سروراً عنصر المطابقة او ارتباطه الشخصية في الدين ، وفيه انبرو موضوع الحق في الدين والعيني على السواء ، ويرى ان انفسهم ما بين الحق الشخصي والحق العيني ان طر سائق في لغة الاسلامي ، فان التمييز ما بين الدين والعيني سرر وانعبد كس بوضوح ، وقادح بوضوح نظريا في ختبات سلسلة علي اسحو الذي أوضحنا به طار الاستاذ شفيق شحاته .

(١) ان عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في انفسه الاسلامي بسببه ان هذا التمييز قد سرر عنصر آخر منه وهو ما هو استمر بين الدين والعيني .

(٢) فالدس سائق سببها لا يعني نفس معه ، ثم هو يصغر سمر المطابقة لان الدين يطالب به ولا بد من وساطته في ابود . انما الالتزام بالعيني فلا يتعلق بالنفسه بين يتعلق بعيني معينة ، ثم هو لا يضمن عنصر المطابقة فلا حاجة لوساطة المدني في ابود .

(٣) ومن ثم اقرب الالتزام بالنفس من الحق العيني وانعبد عن الدين ، اذ ان الخصائص الأساسية للالتزام بالعيني تتلخص مع الخصائص الأساسية للحق العيني ، وهي في ابوقه ذاته عسى انخصائص الأساسية للدين . فقال من ذلك ان قصص العقيدة الدين عن العيني ، وحملوا العيني شاملة بالالتزام بالعيني ولحق العيني جميعاً . قرر التمييز بين الدين والعيني ، وأخصي التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني .

ولو إلى مدى محدود ، من التمييز بين الدين والعين إلى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ؟ آية ذلك ، فيما نرى ، أن نجد الالتزام بالعين يدخل فيه عنصر المطالبة . ذلك أن المطالبة هي من خصائص الدين . إذاً الدين في الفقه الإسلامي يشتمل على عنصرين : أصل الدين ويتعلق بالدمية ، و لمطالبة وهي تتبع الأصل ^(١) . فإذا رأينا الالتزام بالعين يشتمل على عنصر المطالبة فقد اقترب من الدين ، وأمكن القول بوجود حق شخصي في الفقه الإسلامي يجمع كلا من الدين والعين . ولما كان عنصر المطالبة يظهر بوجه خاص في الحوالة والكفالة ، فقد اخترنا هذين العقدين لنعرض ما إذا كانا يردان على العين كما يردان على الدين .

أما الحوالة فهي نقل الدين والمطالبة على رأي ، ونقل المطالبة وحدها على رأي آخر . وهي لا ترد إلا على الدين ، فلا يصح أخوثة بالأعيان القائمة لأنها نقل مائ الدمة ولم يوجد ^(٢) . ونرى من ذلك أن اقتصار الحوالة على

= (١) وقد حافظ الفقهاء على هذا النظر في العسواله . فاحاروا حوالة الدين لا الدين بضم عين المطالبة ، ولم يحاروا حوالة الدين لا عين المطالبة معتمدين في الالتزام بالعين . (٢) ولكنهم في الكفالة اختلفوا كفالة الدين والعين ، فحاروا ما العين من الدين وامسوها عن الحق العيني . على أن السامعي كان أكثر التزاما بالنظر في الدين والعين ، فلم يجر الكفالة في العين واحارها في الدين .

(١) ونظر ذلك في اسمه الحرمانى بحل الالتزام الى عنصرين عصر المدبوسه Se baudi وعنصر المسئولية (Haftung)

(٢) استدل جره ٦ ص ١٦ . وسنرى ما ماحاه في النتائج في سن نقل الحوالة للدين والمطالبة مما او نقلها للمطالبة وحدها . " وأختلف مساندا الماخرون في مجبته النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موحا لنحوالة . قال بعضهم انها عين المطالبة والدين حصصا ، وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فما أصل الدين فاق في قمة المحلل . وجه قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول . أما دلالة الإجماع فلاها أحصا على انه لو أنرا المحلل عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت النراء والله ، ولو أنرا المحلل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ، ولولا أن الدين أنتم أى دمه المحال عليه وفترعت دمه المحلل عن الدين لما صحح الأول لأن الالتزام عن الدين وهبه الدين ولا دس محال . ويصح استدلى لأن الالتزام عن دين نائب وهبه منه صحيح وإن نأحرب المطالبة كالانراء من الدين المؤجر . وأما المقول فلا الحوالة بوجب استدل لأنها مضممة من السخول وهو الدين ، فصطفى عن ما أضيق اليه ، وقد أضعف أى الدين لا الى المطالبة ، لأنه إذا قال احبب لندى أو احبب فلا يدبه فوجب استعمال الدين الى المحل عليه ، إلا انه إذا انتقل أصل الدين اليه سئل المطالبة لأنها نابعة - وجه قول الآخرين دلالة الإجماع والمعقول .

الدين ، وعدم جواز ورودها على العين ، يؤكد أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة ، وإلا لصلحت محلا للحوالة . ومن ثم يمكن القول إن الحوالة لا تحمل أثرا لاى تطور يكون من شأنه تقريب العين من الدين بمهيدا لاندماجها معا في الحق الشخصي .

بقيت الكفالة . وكان الواجب أن تكون كالحوالة لا ترد إلا على الدين ، لأن الحوالة صر من الكفالة^(١) ولأن لكفالة هي ضم دمة الكفيل إلى دمة الأصل في حق المطالبة بما على الأصل . هذا قدرنا أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة ، لوجب أن تقتصر الكفالة على الدين ، لأن المطالبة لا تكون

= أما دلاله الإجماع فإن المحلل إذا فسخ دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي الحال عليه لا يكون مبطوعا ويحر على الفصول ، ولو لم يكن عنه دين لكان مبطوعا ففسخ ألا يحضر على ايمون كما إذا بطوع حتى يقضاء دين أصل على غيره ولو كان له عليه دين يلتقيان فصاحبا كالكفالة سواء ، فذلك هدد الأحكام على استنبو به بين الحوالة والكفالة . ثم أن الدين في باب الكفالة نائب في ذمة الأصل ، فكما في الحوالة . وأما المفعول فهو أن الحوالة شرعت وسعة لندس بمرله الكفالة ، ونس من التوسعة إيراد الأول ، من التوسعة في فعل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحلل (البدائع جزء ٦ ص ١٧ - ص ١٨) .

(١) أما أن انحوائه صر من الكفالة فندس عليه أمران .

أولا . أن هناك رأيا ، بعدم ذكره ، ينحط إلى أن الحوالة هي فعل المطالبة فحسب وأما أصل الدين فنبا في ذمة المحلل . بل أن يرى ينحط إلى أن انحوائه لا توجب براءة المحلل واسبق في ذمة بعد انحوائه على ما كان عليه فبئها كالكفالة سواء . وحسب قوله أن الحوالة سرعت وسعة لندس كالكفالة ، وليس من التوسعة براءة الأول ، بل التوسعة في مطالته الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير ضم كما في الكفالة سواء (البدائع جزء ٦ ص ١٧) . فلا يفسر انحوائه ، في رأى زهر ، لا المطالبة ولا الدين بل سمي الدين على حاله (مطالته ودسا) في ذمة المحلل ، ونسبوا انحوائه حتى مطالته جديدا في ذمة المحلل عليه ، وهي في ذمة الكفالة بضم دمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة .

ثانيا . أن الحوالة تسهي بالنوى ، فلو مات المحلل على مطلقا بقي الدين ذاته في ذمة المحلل ، فكان الدين ثم سغن من ذمة المحلل بالحوالة ، بل ضمت ذمة المحلل عليه إلى ذمة التحليل في المطالبة كما هي الحال في الكفالة . ويؤيد ذلك ما جاء في البدائع : « حكم انحوائه تسهي شأنا منها . النوى . . . لأن الدين كان دسا في ذمة المحلل قبل الحوالة ، والأصل أن الدين لا يسطر بانقضاء . . . إلا أنه انحق الإبراء بالقبض أو السقوط ، وانحوائه ليست بقضاء ولا إبراء ، فبقي الدين في ذمة على ما كان قبل الحوالة . إلا أن بالحوالة استقبلت المطالبة إلى المحلل عليه لكن إلى عباه انبوى ، لأن حواء الدين بالمطالبة ، فإذا بوى ثم سق وسله إلى الإبراء فعاد إلى محلها الأصلي » (البدائع جزء ٦ ص ١٨) .

وبين مما تقدم أن الحوالة صورة خاصة من الكفالة ، سمى بأن الدائى يرجع أولا على الكفيل (المحلل عليه) ، فإذا بوى الدين عنده رجع على الدين (التحليل) . أما في الكفالة العادية فالدائن باختيار في الرجوع إما على الكفيل أو على الدين .

إلا فيه . وهذا هو قول الشافعي ، فعنده أن الكفالة لا تصح إلا في الدين .
ولكن الحمية تذهبون إلى أن الكفالة تقع على الدين والعين . ويشترطون
في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها . فلا تصح كفالة العين إذا لم
تكن مضمونة كالوديعة والتعارية والإيجار ، أو إذا كانت مضمونة بغيرها
كالبيع قبل القبض وهو مضمون بأشئ وكالرهن وهو مضمون بالدين .
أما لعين المضمونة بنفسها ، كالمعصية والمقوص بالنية القاسد والمقوص
على سوم لشراء ، فصح كفالتها . والكفالة المبررة في هذه الحالة تكون
كفالة بمقتضاها أي كفالة بالدين ، إذا هلك العين ، أما إذا كانت قائمة فتكون
كفالة بالعين ذاتها . وفي هذا إجماع لعصر الحنفية في أمارة العين ،
وتقريب للعين من الدين . كذلك تصح عند احمية كفالة فعل التسليم في الخلة
فتحور الكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على النائع
والرهن مضمون التسليم على الرهن في الخلة بعد قبضه الدين . فكار المكنول
به مضمونا على الأصل وهو فعل تسليمه فصحت الكفالة به . لكنه إذا
هلك فلا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضمونا على الأصل فلا يبقى
على الكفيل (١) .

وقد يكون إجماع عصر الحنفية في كل من لا يراه بالعين ولا الترام

١ - وسبق من ذلك أيضا ألا يجرى في سائر تصاريح الخوفاة أي سائر حوار حوله
الحق في السنة الإسلامية كما جاء في حواشي الدين . فحوله الدين في السنة الإسلامية غير حواله
الدين في السنة العبرية . كما لا يجوز أن يوجد من اصطوابة الخوفاة على حوار حواله
الحق . فاصحح أن يجرى في حواله الخوفاة به من ملكه الدين نسبي له في ذمه أفعال
عليه في الحال به . ولا يلى أن يجرى في السنة الإسلامية يعرف حواله الحق ولا حواله الدين
بالسنة المفترمة في السنة العبرية (انظر المراجع المتابعة بتأنيده سابق شحانه ص ١١٦
وللاستاذ مصطفى الزرقا ص ٥٠ - ص ٥٨) .

(١) وهذا ما جاء في البداية في هذا الباب . أن الكفيل به أربعة أنواع ، عين ودين
وبعض وفعل بس يدين ولا عين ولا نفس . أما تعين قبوعه ، عين هي أمانة وعين هي
مضمونه . أما عين التي هي ماله فلا تصح الكفالة بها ، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم
كالودائع ومال اسرقات والمصاريف ، أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمسحور في يده

بالسليم وتقريب هذين من الدين في باب الكفالة ، مبدأ تطور لم يتم في جعل
الالتزام ، بل كالاتزام بالدين متعلقا بالدمية ، فتبعية المطالبة . ولكن لاولى
الوقوف عند تمييز بين الدين والعين ، فهو التمييز البارز في الفقه الإسلامي (١)
ومما يكر من أمر بعدد أنواع الالتزام في الفقه الإسلامي وعدم
اندماجها في وحدة تتضمنها جميعا ، فإنه يمكن مع ذلك "تقريب فيما بينها من
ناحية المصدر" فهي أيا كان نوعها ، التزاما بدين كانت أو التزاما بعين

الاجير ، لا خلاف انكفائه ابي عنها وعنها سبب مضمونه . ولو كلف تسليم المستعار
والساحر عن المسموع والساحر حاز لاجها مضمون انسيب عليها ، فانكفائه انصف ابي
مضمون على الاصل وهو التسليم فصحت .

واما ان الدين المضمونه قولان ، مضمون بنفسه كالمضروب والمضروب نافع انفسا والمضروب
على يوم التراء . ومضمون بغيره كالمسح في انفس وانفس . فصح انكفائه بسبب الاول
لانه كفاه مضمون بنفسه ، الا يرى انه يجب رد عنه حال قيامه ورد مسئلة او قيمه حال
هلاكه ، فيصير مضمونا على انكفيل على هذا الوجه أيضا . ولا يصح بانسوح انفسا ، لان المسح
فعل انفس مضمون بانفس لا بنفسه ، الا يرى انه اذا ثبت في رد انفس لا يجب عليه شيء .
ولكن سقطت لشيء من انفسه ، وكذلك انفس غير مضمون بنفسه بل بانفس ، الا يرى انه اذا
ثبت لا يجب على المزمع شيء ولكن سقطت انفس عن التراض بغيره . واما الفعل فهو فصل
انسيب في احتمله . فتطور انكفائه بسبب المسح وانفس ، لان المسح مضمون انسيب على
البائع وانفس مضمون انسيب على الزمعي في لحيته بعد قضاء الدين ، فكان انكفول مضمونا
على الاصل وهو فعل انسيب فصحت انكفائه به ، بكمه او بملك لا شيء على الكفيل لانه لم
يقض مضمونا على الاصل فلا يبقى على انكفول "بالبائع غيره" (ص ٧)

(١) وسبق في اسطر ان يكون نفس مضمونه بنفسها لحوز انكفائه بها ان انفس في هذه
الخدمة يكون في حكم الدين من حيث القضاء ، وهي به حازرة الكفالة بها ، وبذلك لم ير ان
يعلق اهمية كبرى على هذا انكفول بسبب به على . فثبت تطور . وانشأ في سبب الى ان
الكفالة دينان او بائع غير حازرة و بغير انكفائه الى في انفس ، فراجع بذلك الى الاصل
المقرر . ويتوزع الكفالة في دين "بم ما تترك انكفائه بالنفس وانفس وانفس بها صحته
وقد ذكرنا من استوفيات فيها مذهب صاحب . وقد انشأ في رحيته انه انفس غير صحته .
وحد قوله ان انكفائه انصف الى غير محله فلا يصح ، ودلله ذلك . الكفالة التزام بدين ،
فكان محله انفس فلم يوجد ، وانصرف المصنف الى غير محله باطل ، ولان انفسه على تسليم
المكفول به شرط حوز انكفائه وانقصة على الاعاق لا يفتقر . وما . . . ان هذه انكفائه
انصف الى مضمون على الاصل مقصور الاستيفاد من الكفيل فصيح كما تصحح الكفالة
بالدين ، وقوبه الكفالة التزام الدين مضمون ، بل هي التزام اللطائف مضمون على الاصل
وقد يكون ذلك دينا وقد يكون عا وانفس متوفرة التسليم في حي الاصل كالدين" ، السائق
جزء ٦ ص ٨ .

أو التزاما بمعنى أو التزاما بتوثيق ، تتقابل في المصادر التي تنشأ عنها . وهذه المصادر التي أشرنا إليها بإيجاز فيما تقدم هي التي منستقصيها تفصيلا فيما بعد

(ثانيا) الحق العيني

مصرها المفروق العينية وتقسيمها إلى أصلية وتبعية :

قيام الحق العيني في الفقه الإسلامي أوضح من قيام الحق الشخصي . فقد رأينا أن الحق الشخصي ، أو الالتزام ، يشتمل على روابط قانونية مختلفة استبقاها الفقهاء متميزة بعضها عن بعض ، دون أن تدع في وحدة تنظيمها جميعاً وتسمى بالالتزام

وصحيح أن الفقهاء لم يستعملوا لفظ الحق العيني ، ولكن المحدثين منهم يعالجون الحقوق العينية الأصلية جميعها في مكان واحد ، ويرعونها على حق الملك . وكثير منهم يسمونها بالحقوق العينية حرياً على اصطلاح الفقه العربي . ثم إن الحقوق العينية الأصلية هي والحقوق العينية التبعية تنظمها جميعاً فكرة واحدة هي أنها حق في العين ، أو حق ثابت في المال .

ذلك أنه يمكن في الفقه الإسلامي ، كما أمكن في الفقه العربي ، أن يقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية . وسواء كانت الحقوق العينية أصلية أو تبعية فإنها تتركز على سبيل الحصر ، لانتجور الريادة فيها بحلق حق عيني جديد

(١) الحقوق العينية الأصلية

مصرها وردّها إلى من الملك :

على رأس هذه الحقوق حق الملك ، وجميع الحقوق الأصلية الأخرى متفرعة عنه . حق الملك هو الحق المين الكامل . وقد تنجرأ عاصره ، فتتفرع عنه حقوق عينية تعتبر بالنسبة إلى حق الملك بمثابة الجزء من الكل . فالملك التام هو ملك الرقبة ومفعتها معاً . ويتفرع عنه ملك المنفعة وحدها

وملك الرقبة وحدها ، وحقوق الارتفاق . ونقل في هذه الحقوق نصوص مرشد الخير ان قصدا إلى الإيجاز .

من الملك التام :

عرفته المادة ١١ من مرشد الخير ان على الوجه الآتي :
 « الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا وصفة واستعلا ، فينتفع بالعين المملوكة ويعملها وثمارها وتاجها ، ويتصرف في عينا بجميع التصرفات الجائزة » .

ونرى من ذلك أن عناصر حق الملك في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه العربي ، ثلاثة : (١) الانتفاع بالعين المملوكة (٢) الانتفاع بالعمة والثمار والتناح وهذا هو الاستعمال (٣) التصرف في العين

وليس حق الملك مطلقا كما نوه عبارة مرشد الخير ان ، بل هو حق مقيد بوجود عدم الإضرار بالجار . وقد ورد هذا القيد في نصوص مرشد الخير ان ذاتها . فصت المادة ٥٧ على أن « للمالك أن يتصرف كيف شاء في حاص ملكه الذي ليس لتغير حق فيه ، فعلى حائضه ، وبني ما يرده ، ما لم يكن تصرفه مضرا بأجار ضرا فاحشا » . وعرفت المادة ٥٩ الضرر الفاحش بأنه « ما يكون سببا لوهس للبناء أو هدمه أو يجمع الخوائج الأصلية أي المانع المقصودة من إساءة . وأما ما يجمع المانع انى ليست من الخوائج الأصلية فيست بضرر فاحش » . وبينت المادة ٦٠ حكم الضرر الفاحش فقالت ، « يرال بضرر الفاحش سواء كان مديما أو حادثا » .

والمسكية الشائعة معروفة في الفقه الإسلامي ، وإيها تشير المادة ١٢ من مرشد الخير ان حيث تقول : « إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فلكل واحد من اشركاء حق الانتفاع حصته ، ولتصرف فيها تصرفا لا يضر الشريك ، وله استعمالها ويعملها مشاعة حيث كانت معلومة القدر يعير إذن الشريك » .

من المنفعة :

تعرفه المادة ١٣ من مرشد أخير أن على الوجه الآتي : و الانتفاع الجائز هو حق المنفع في استعمال العين واستغلالها مادامت قائمة على حالها وإن لم تسكن رقبها نلوكة . . حق المنفعة يختص بعنصرين من عناصر الملكية الثلاثة . الاستعمال والاسغلال . وقد يقتصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال . وقد يقتصر الاستعمال على السكن فسمى ذلك بحق السكن . ومن ثم يقرن عادة بحق المنفعة بحق الاستعمال وحق السكن . وأسباب ملك المنفعة ثلاثة . لعقد والوصية والوقف .

أما "عقد فقد يكون بيعا . ويبيع المالك سفعة من آخر طول حياته أو لمدة معينة ، وفي أحالين ينهى حق السفعة حتما بموت المنفع . ولكن بيع المنافع في الفقه الإسلامي أكثر ما يكون بعقد الإيجار ، ذلك أن حق المستأجر في الفقه الإسلامي هو حق سفعة ، أقرب إلى الحق لعني منه إلى الحق الشخصي ، وهو على كل حال حق في العين المؤجرة . (١) وقد يكون العقد الذي يقع على تمليك المنفعة في الفقه الإسلامي هو عقد العارية فالمستعير عند المالكية يملك المنفعة دون عوض . وداره عند عقد لاء لا يملك المعير الرجوع فيه ، ومن ثم يكون حق المستعير حتما في العين . أما عقد الخففة والشافعية والحاملة وعارية عقد غير لازم . والمستعير أن يرجع به متى شاء . وتخصيص ذلك عند الحنفية أن العارية عقد على المدفع وهي غير موجودة وقت العقد فسيحدد العقد آتيا قآا ، عند الشافعية والحنابلة أم من قبل الإباحة فلا يستعمل المستعير بها ملكا ولا يستعمل بالأرض .

وأما اوصية فكثير أما تردد على المنفعة فتملك بالوصية له بعدموت الموصي .

(١) وعني به حق المسأجر ليسب يعرفه على الفقه العربي ، فقد قام فيه فريق معروف هو الفقه « Terpi ng » في نصف الثاني من القرن التاسع عشر ، محاولوه فهمه بها إلى اثبات أن حق المسأجر في القانون الفرنسي هو حق عسي ، ولكنها محاولوه به يكتب لها النجاح .

وأما الوقف فيرد على العن فيجعل رقبته غير مملوكة لأحد من العباد وتبقى المنفعة للمستحقين . ولا يملك المستحق أن يتصرف في المنفعة ، بل هي موقوفة عليه طول حياته وتؤول من بعده إلى من يليه من المستحقين . ويجعل القانون المصري (م ٥٢) الوقف شحنا معنويا . فإذا التزم هذا التصور ، كانت رغبة العين الموقوفة لشخص المعنوي . وكان للمستحق حق المنفعة طول حياته . ولكنه حق يقوم على الخصائص الآتية :

١ — هو حق لا يملك المستحق التصرف فيه .

٢ — ويقول بعده من يلى المستحق الذي يليه

٣ — ثم إن المستحق لا يملك إدارته ، بل الذي يديره هو ممثل الشخص المعنوي الذي يملك الرقة وهو ناصر الوقف والمستحق في دمة الشخص المعنوي حق شخصي إلى جانب حقه العين في المنفعة . هو عنه هذه المنفعة يقبضها من ناصر الوقف ممثل الشخص المعنوي . والعين الموقوفة قد يترتب عليها حقوق عبية أخرى . كحق الحكر وحق الإحارئين وحق لإجارة الطويلة وحق الكدك وحق القرار إلى غير ذلك من الحقوق التي أنشأها العرف .

من الرقة:

ويوجد هذا الحق حيث ينزع حق المنفعة من المالك تمام . وفي الرقة على مالك صاحبها الأصلي ، ويمتنع المنفعة شخص آخر غير مالك الرقة . وأكثر ما يكون ذلك بأوصيه . فيجوز أن يوصى بمنفعة العين لشخص مع بقاء رقبته لورثة الموصي ، كما يجوز الوصية بالرقة لشخص وبمنفعتها لشخص آخر كالأما أجنبي عن المتبرع ، ولكن لا يجوز استثناء منفعة لعين من الوصية يرفقتها لشخص أجنبي لتبقى المنفعة على ملك الورثة (م ١٨ مرشد الخيران) . وذلك لأن بقاء المنفعة على ملك الورثة معناه تمسكها لهم بطريق الميراث ، والمنفعة لا تورث . كذلك يجوز للمالك أن يبيع الرقة ويستبقى المنفعة

لنفسه مدة من الزمن أو طول حياته ، فإذا استبقاها طول حياته اشبه
البيع بالوصية .

ومالك الرقبة لا يجوز له أن ينفع بالعين ولا أن يتصرف في منفعتها ،
إذ المنفعة في ملك غيره كما تقدم . وكذلك لا يجوز له أن يتصرف في الرقبة
داتها إلا بإذن صاحب المنفعة . وعليه أن يسم العين لصاحب المنفعة ليستوفي
حقه من منافعتها . ولكن إذا انتهى حق المنفعة فإن مالك الرقبة يعود له الملك
التام على العين .

مقرر المرفاق :

وتسمى بالحقوق المرحدة . وقد عرفت المادة ٣٧ من مرشد الخيران حق
الارتفاق بأنه « حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » . ومن حقوق
الارتفاق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي والجوار . فالشرب هو
نوبة الاستماع بالماء مسياً للأرض أو الشجر أو الزرع . وحق المجرى هو حق
مرور مسقى في أرض أحار لتصل إلى أرضه . وحق المسيل هو حق مرور
مصرف في أرض الجار لمصرف الماء انرا ند عن الحاجة أو غير الصالح . وحق
المرور هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص في ملك غيره . وحق
التعلي هو أن يكون لإنسان حق في أن يعلو بناؤه بناء غيره ، ويتحقق ذلك
في دار لها سفل لمالك وعمو لمالك آخر . وحق الجوار هو ألا يضر الجار
بجاره ضرراً فاحشاً .

وحقوق الارتفاق محصورة عند الحنفية في الحقوق المتقدمة الذكر . وعند
المالكية هي غير محصورة ، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق اتفاقية بالعقد ،
ويمكن على هذا النحو الاتفاق على ارتفاق بعدم العلو بالبناء إلى أكثر من بعد
معين أو على ارتفاق بالبناء في رقعة محدودة .

من التبع في الحقوق العينية الأصلية :

ويلاحظ في الحقوق العينية الأصلية جميعاً أن الحق العيني هو سلطة الشخص على عين بالذات . وأصاحب الحق أن يتبع حقه أياً كانت اليد التي انتقلت إليها العين . بل إن حق التبع هذا في الفقه الإسلامي أقوى منه في الفقه الغربي . فصاحب الرقبة لا يملك بيع الرقبة إلا بإذن صاحب المفعة ، والمؤجر لا يملك بيع العين المؤجرة إلا بإذن المستأجر ، أما في الفواين الغربية فصاحب الرقبة يملك بيعها دون إذن المتفع والمؤجر يملك بيع العين المؤجرة دون إذن المستأجر ، ولكن يبقى كل من حق المتفع وحق المستأجر نافداً في حق المشتري .

ومن ثم يبين في وضوح أن الحق العيني يتميز عن الحق الشخصي في أن صاحب الحق العيني يستعمل سلطته على العين دون وساطة أحد ، أما صاحب الحق الشخصي ، إذا كان هذا الحق ديباً في الدمة ، فيحتاج في استعمال حقه إلى وساطة المدين . فوجب إذن تعيين العين في الحق العيني وتعيين المدين في الحق الشخصي .

(ب) الحقوق العينية التبعية

مفهومها ومبانيها تبعها في الفقه الإسلامي :

ويعرف الفقه الإسلامي الحقوق العينية التبعية ، وهي حقوق تترتب على الأعيان صمماً للديون . ويعرف من هذه الحقوق حقين : حق الرهن وحق الخمس .

من الرهن :

ويقاس في الفقه العربي رهن الخيارة ، ويقع على العقار وعلى المقول ، وينشأ من عقد الرهن . وعقد الرهن عقد به يحبس الدائن مالا للدين صمماً للدين فيستوفى منه حقه إذا لم يقم المدين بالوفاء . ومن ثم نرى أن حق الرهن حق تبعية لأنه صمان للدين ، وهو حق عيني لأنه يتعلق مباشرة بالعين المرهونة . وللدائن المرتب في الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، حق التمتع وحق التقدم .

أما حق التبع فهو هنا أقوى منه في اللغة العربي كما رأينا ذلك في الحق العيني الأصلي . ذلك أن الرهن لا يستطيع أن يتصرف في العين المرهونة دون إذن المرتهن فإن م يذن فإن تصرف الرهن لا يعد . أما في اللغة العربي فتصرف الرهن يعد ولكن المرتهن يحتج بحق الرهن في مواجهة من تصرف له الرهن . وإذا أقر المرتهن بتصرف الرهن في العين المرهونة ما بيع ، فقد البيع وأصح الثمن هو الرهن بدلا من المبيع . ويحول الرهن دون تناذر حارة المالك الرهن ، فإن أقرها سقط الرهن .

وأما حق القصد ويكون عند استيفاء المرتهن للدين من العين المرهونة ، فبإع العين وتعدم الدائن في استيفاء حقه من ثمنها على الدائنين العديدين الذين لا رهن لهم على العين .

وحق الدائن يتعلق بماله عين لا ذمها . وذلك إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن دون تعمد أو نعد ، هكت عليه بالآقل من قيمتها وقت الفحص ومن الدين ، وما راد من قيمتها على الدين هو أمانه في يد المرتهن لا ضمان فيه .

حق الحبس :

وهو أيضا حق عيني نوعي ، يتركز في مال صمد ، مدس وقد ينشأ حق الحبس من العقد . فبإتباع أن يحتج بحقه في حبس المبيع بعدم دفع الثمن في مواجهة جميع الدائنين . وللمستأجر حق حبس المأجور إذا انقضت الإجارة حتى يسترد ما عجزه من الأجرة . وللمودع عده حق حبس العين المودعة حتى يستوفي ما أقره في حقه لها من القرض . وللأجير مشترك الذي لعمله أو في العين أن يحبس العين عن المستأجر حتى يؤدي إليه الأجرة . وللوكيل بالشراء أن يحبس المال الذي شتره عن الموكل حتى يدفع إليه ثمنه .

وقد ينشأ حق حبس بحكم شرع من غير عقد . فهو في العبد الآق أن يحبسه حتى يستوفي من ذلك ما يستحق . وللبق أن يحبس النقطة عن مالكها حتى يستوفي ما أدن فيه لغاضي من الإنفاق عليها يرجع به . وللعاصب حبس المذبوب الذي ادفعه زيادة متصلة من ماله حتى يدفع له المالك قيمة الريادة .

مقارنة بالفقه العربي :

ونرى بما تقدم أن الفقه الإسلامي يعرف أكثر الحقوق العينية التبعية التي يعرفها الفقه العربي . حق الرهن يقابل رهن الحيازة ، وحق الحبس يقابل كلام حق الحبس وحق الامتياز . ولم يبق إلا الرهن الرسمي وحق الاختصاص ، هذان لا يعرفهما الفقه الإسلامي . أما حق الاختصاص فالقوانين العربية الحديثة تميل إلى حده . وأما حق الرهن الرسمي فهو تطور لرهن الحيازة كان الفقه الإسلامي في طريقه إليه .

عن شخصي بتقلب إلى من عني :

ولكن الفقه الإسلامي يعرف نوعاً من الحق العيني كان في الأصل حقاً شخصياً ثم انقلب عاماً عيياً . ويتحقق ذلك في حالات الحجر ومرض الموت والموت . ذلك أن المدين إذا حجر عليه أو مرض مرض الموت أو مات ، وكان له مال ، تعلقت ديونه بهذا المال . وانقلبت هذه الديون من حقوق شخصية إلى حقوق عينية ، إذ اكتسبت جميع خصائص الحق العيني وبخاصة خصائص حق الرهن . فهي تتركز في أموال المدين ، وتتعلق بماليتها لا بذوات أعيانها ، وللدائنين حق تتبع هذه الأموال في أي يد انقلبت . ويقتضون في استيفاء حقوقهم منها على جميع من لم يتركها ، الموصي لهم والورثة ، ولا يتقدم عليهم إلا من كان له حق رهن أو حق حبس على عين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها .

ويتبين من ذلك أن أموال المدين المحجور أو المريض مرض الموت أو الميت بتعلقها حقان ، حق العرءاء وبحله ماليتها ، وحق المدين أو ورثته وبحله ذوات الأعيان . والحق الأول هو حق عيني تبعية شبيه بحق الرهن ،

والحق الآخر حق عبي أصلي هو حق المالك وقد بقي للدين وإذا كان حياً
أو انتقل إلى ورثته إذا كان قد مات (١).

تدرج الحقوق في الفقه الإسلامي من حيث تعاقبها بالعين أو بالنزاع :

وبسبب أن يستخلص مما تقدم أن الحقوق ، في الفقه الإسلامي ، من
حيث تعاقبها بالعين أو بالنزاع ، تدرج مراتب خمساً .

(١) ونلاحظ على الخلف بحث في هذا الموضوع نشره في مجله القانون والاقتصاد
(سنة ١٢ ص ١٥٢ وما بعدها) نقل منه ما يأتي :

« إذا برم الدين شخصاً سبب من الإسكان حل في ذمته فسلطت به .. فإذا ما حذر
على الدين سبب ذمته أو أصابه مرض الموت أطلق الدين بجميع ما يملك حال الحجر أو حال
المرض ، كما يطلق ما يرضه به من أمواله ، وعند بعد بصرته في ذمته حقوق دائره
كما بعد بصرته في الاعيان المرهونه باحراز الرهن لها . هذا ما ذهب إليه الجمهور من فقهاء
المسلمين ، وخالفهم في ذلك كثير من فقهاء المالكية فحملوا على الإعراض على بصرته
الدين وانقائه إذا ما كان ضاراً بحقوقهم ، كان يسرع وهو صحيح يسر في ماله والدين محيط
به ولو لم يسعه حجر (ملاحظه) فإثر في هذا المبدأ الدعوى التوبيعية في الفقه العربي
... فالجميع يذهبون إلى أن يبقى الدين بأموال الدين بعداً من أول وقت بصرته في مرض
الموت ... وإنما استدلوا على ذلك بأولئك محافظته على حقوق الدائنين ... فكان في ذلك
أن ينفك بالموت التوجيه على المرض كما سبق بركة الموت أدلة ما . إلا أن استلحق
نسب المرض كان ضعف بناءه سبب الوفاء ، فلم يفرغ على المريض نسبة إلا صرف
من الحجر بحول شبهة وبسبب أن يصر في أمواله بصرفاً بصرته ، ولي يظهر هذا إلا
الأحد أن ينفك من المرض مرض الموت ، وذلك لا يكون إلا إذا انحل الموت به فصلاً
بخلاف استلحق أساسه من الموت فإنه يطلق استثناء إسناد . وهذا ذكر سبب ما أن يعلق الدين
بأموال المريض لا نعمتها من أن يكون ساعته لعمه وقت مرضه ، ولا بحول دون استمرار
ملكه لأمواله التي وقت وفاته ، بل يبقى ذمته مسؤولة بدينه ، فإذا جاء الموت حرباً
وصعقت أن يحلها لولا وجود ما يوجبها كمال بركة ، فقد دلت على ذمته فبذلك يملك المدين
وسمى موت الدين فيها ، ولكنها تكون معقولة بذلك المال ، معقولة الوفاء به ، وأجبه
الاداء في الحال ، كان ذلك أنال قد حل محل الدين أو صار عوضاً عنها فيسوق منه كفايسوق
الدين من الرهن عنه بحلول أجله » .

انظر أيضاً بحثاً في الموضوع ذاته فيلساد محمد أبو زهره في كتابه « أحكام الميراث
والواريث » (ص ٧ - ص ٤٦) .

هذا وقد قرر الأستاذ مصطفى أثر في السنة الإسلامية في بونه الجديد (جزء ٢ ص ٢٤)
حق الشخص في أن يملك - وهو الحق الذي سبب الإساره إليه وفلساً أنه مبره وسطى
من الترحمة والحق - بحق الدائنين في بركة الموت المسعفة بالدين ، وبسبب هذه الحقوق
جميعاً « بالحق شبه العينية » على فرق ما بينها ، وعلى ما في التعبير « بالحق شبه العينية »
من تصوير نفوره النفاة .

المرتبة الأولى : حق يتعلق بذات العين ، وهو الحق العيني الأصلي لحق الملك وحق الارتفاق .

المرتبة الثانية : حق يتعلق بذات العين دون أن يكون حقاً عيبياً أصلياً ، وهذا هو الالتزام بالعين .

المرتبة الثالثة : حق يتعلق بمالية العين دون ذاتها ، وهو الحق العيني التبعية من حق رهن وحق حبس .

المرتبة الرابعة : حق يتعلق بمالية أموال المدين لابتذات أعيانها ويتعلق في الوقت ذاته بالدمية وهو حق الدائنين على أموال مدينهم الميت أو المربص مرض الموت أو المحجور ، ويتأخر هذا الحق عن رهن أو حبس على عين من أموال المدين معيه باداة وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها كما سبق القول .

المرتبة الخامسة : حق يتعلق بالدمية دون العين وهو ادين يتعلق بدمية المدين حال حياته إذا كان في صحته ولم يكن محجوراً .

٢

حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي

سبق أن ذكرنا أن مصدر الحق هو السبب الشرعي الذي أشأه .

ولما كان الحق الشخصي أو الالتزام أقل بروزاً في الفقه الإسلامي من الحق العيني للأسباب التي قدماها ، فإن مصادر الالتزام ، أي الأسباب الشرعية المنشئة له ، لم تجمع ولم تحصر على الوجه الذي نراه في أسباب الملك أي في مصادر الحق العيني لذلك تتبع خطتين مختلفتين في استقصاء مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني .

أما في استقصاء مصادر الحق الشخصي فنستعرض هذه المصادر في الفقه العربي لنرى إذا كان يوجد ما يقابلها في الفقه الإسلامي .

وأما في استقصاء مصادر الحق العيني فنستعرض أسباب الملك وأسباب الحقوق المجردة أي حقوق الارتفاق ، ونصيب إليها أسباب حق الرهن وحقوق الحبس ، ونقابل ما بين ذلك وبين مصادر الحقوق العينية في الفقه العربي . فإذا ما استقصينا على هذا النحو مصادر الحق ، شخصياً كان أو عيياً ، بطرنا في رد هذه المصادر إلى أصولها الأولية .

(أولاً) مصادر الحق الشخصي أو الالتزام

تتبع في الفقه الإسلامي ، كما قدمنا ، مصادر الالتزام المعروفة في الفقه العربي ، وهي العقد والإرادة المفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

(١) العقد

استخلص نظرية عامة للعقد في الفقه الإسلامي .

للعقد أظهر موضع من كتب الفقه الإسلامي ويستغرق من بحثه حيزاً كبيراً . وطاهر أنه أهم مصدر بإنشاء الالتزام ، سواء كان التزاماً بدين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق .

وقد عرفه صاحب مرشد الخيران في المادة ٢٦٢ بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقدين بقول الآخر على وجه يظهر أثره في العقود عليه . ثم ذكر أنه يترتب على العقد التزام كل واحد من العقدين بما وجب به الآخر . ومن ثم يظهر بوضوح أن العقد مصدر للالتزام في الفقه الإسلامي .

ولم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة للعقد ، بل تناولوا العقود المسماة

عقدا ، وبحثوا كل عقد في أركانه وفي أحكامه . فيحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمرارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرص والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح . ومن الأحكام التي قرروها في هذا الصدد يستظهر الباحث القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعا ، فيستخلص منها نظرية عامة لعقد . وهذا ما فقهه فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة . وهذا ما سنحاوله في بحثنا هذا عند الكلام في انصروف لقابون ، ونسير فيه على عرار نظريات الفقه العربي لتيسير المقارنة بين هذا الفقه والفقه الإسلامي كما تقدم القول .

نظم الفقه الإسلامي من حيث رضائية العقد :

وفي مناسبة رضائية العقد . في الفقه الإسلامي كتبنا في مؤلفنا ، نظرية العقد ،^(١) ما يأتي .

والذي بلغت اشهر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ووجه المراتبة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من سميات القانون الحديث ، لم يصح لقابون أو روماني على عرافته بل تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره . وعن لسري وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولا وفروعا . ويكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائيا إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها لدين المسيحي وقوانين الكنيسة . وهي تخلص على وجوب الوفاء بالعهد ، فصار يقيد الإنسان بكلمته منعقا مع آداب الدين . ثم انتقل ذلك من الدائرة لمدنية إلى الدائرة القانونية . وقد تم ما يعدل هرا في الشريعة الإسلامية ، فإن مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث قال الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود — وأوفوا بالعهد إن العهد

كان مستولاً — وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، وقد جعلنا الله عليكم كفيلاً ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له .

(ب) الإرادة المنفردة

إنساع مجرياته الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي :

للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدان هاسح رها فيه تنح آثاراً قانونية متوعة . هناك أولاً تصرفات هي عقود في الفقه العربي وتم في الفقه الإسلامي بإرادة مفردة (١) . وهناك ثانياً تصرفات تتم بإرادة مفردة في كل من الفقه الإسلامي والفقه العربي . وهناك أخيراً آثار قانونية كثيرة غير إنشاء الالتزام تحدثها الإرادة المنفردة شأنها في ذلك شأن الفقه العربي .

فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الالتزام ومن حيث إنساع الآثار القانونية مختلفة لا تنقل في الفقه الإسلامي عنها في الفقه العربي . بل هي في الفقه الإسلامي تريد ، فقد قدما أن هناك تصرفات لا تتم إلا بتقابل إرادتين في القوانين العربية . وتم في الفقه الإسلامي بإرادة مفردة . ووفق ذلك فإن مذهب مالك — وقد بلغ في هذا مبلغ الفقه الجرمانى — قد حصص من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام .

وهانحن نستعرض الأحوال الثلاث التي تولد فيها الإرادة المنفردة آثاراً قانونية

(١) غارن ما جاء في « الكتب ونظريه العقد » للإستاذ محمد أبو زهرة (ص ١٩٠)

ومن هذا كله يسي أن الإرادة المفردة بها مكانها في الالتزامات الشرعية ، ولكن في التصرفات التي لا يصدق بائحات وهول . أما ما يصدق بالائحات والعقول فالإرادة المفردة يسي هي مناط الإلزام فيه . وسبق أن التمس في هذا القول برجع إلى تصور أن تكون الإرادة المفردة هي مناط الإلزام فجاء يصدق بالائحات والعقول ، ومهما يكن من أمر ذلك في الفقه الإسلامي ، فظاهر على كل حال أن سلطة الإرادة المفردة غير سلطة العقد ، ولا يمكن أن تكون للإرادة المفردة مكان غير النقطة الأولى .

تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتم في الفقه الاسلامي بإرادة مفردة:

والتأمل في الفقه الاسلامي يستطيع أن يميز في هذا الصدد بين طوائف ثلاث من العقود أو التصرفات : الطائفة الأولى ويدخل فيها السع والايحار ، والطائفة الثانية ويدخل فيها الكفالة والقرض ، والطائفة الثالثة ويدخل فيها الهبة والعارية .

أما لسع والايحار فلا مشاحة في أن الركن في كليهما هو الايجاب والقبول . وأما الكفالة والقرض فيبدأ في أمرهما الشك ، هل الركن هو الايجاب والقبول أم هو الايجاب خصب . وقد ورد في الكفالة أن ركنها الايجاب من التكفيل ، أما قبول من "طالب" (لدائن) فلس ركن في أحد قوايين الكل من أبي يوسف وشافعي . وعدا لإمام ومحمد وقول لأبي يوسف وقول شافعي قبول طالب ركن في الكفالة . وجه القول الأول أن الكفالة ضم نعمة . وانtram المطابقة بما على الأصل شرعا ، وليست تنميك . ومعنى الضم ولا التزام يتم بإيجاب التكفيل فشبّه الذر . ووجه القول ثانياً أن الكفالة ليست التام محض بل فيها معنى التملك ، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كاي . وورد في القرض أن ركنه عند أبي يوسف في إحدى روايتيه الايجاب من المقرض ، أما القول من المقرض فلس ركن . والقبول ركن في القرض عند محمد وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف .

نقبت الهبة والعارية . وفيها يتعطل الشك أكثر مما رأينا في الطائفة الثانية من العقود ، ووجه القول بأن الركن هو الايجاب خصب . فالهبة ركنها الايجاب من الواهب . أما القول من الموهوب له فلس ركن استحساناً ، وهذا هو قول الإمام وصاحبيه . والقياس أن يكون القول ركنها ، وهو قول فر . وجه الاستحسان ، على ما يقول الكاساني (١) . أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شرطه القبول وإنما القبول والمبض لثبوت حكمها

لا لوجودها في نفسها ، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام . .
ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء
وهذا يحصل بدون القبول ، وثمرته الخلاف بين القولين تطهر فيمن حلف
لا يهب هذا الشيء لفلان فهو هب منه فلم يقبل ، أنه يحث استحسانا وعند رفر
لا يحث (١) ، وركب العارية الإيجاب من المعبر . أما القول من المستعير فليس
بركن عند الإمام وصاحبه استحسانا والقياس أن يكون ركبا ، وهو قول
رفر ، كما في الهبة ، حتى أن من حلف لا يعبر فلا فاعاره ولم يقبل يحث عند
الإمام وصاحبه ، ولا يحث عند رفر .

ونحن نرى أن الأمر في هذه الطوائف الثلاث من تصرفات مردة إلى
الاعتبار الآتي : الصائفة الأولى من تصرفات ، وفيها البيع ولايتجار ، معاومات

(١) وقد جاء في نكته فتح العبد المصطفى رادة (جزء ٧ ص ١١٤ - ١١٥) ما يأتي : قال
صاحب الهبة أي يصح بالائجاب وحده في حق الواهب وبلايتجار والمقول في حق الموهوب
به ، لأن الهبة عند سماع قسم بالسر ، فصار هو عندما يهره الإقرار والوصية ، ولكن لا يملكه
الموهوب به إلا بالقول والمضي . وبمره ذلك يظهر فيما ذكرنا في مسائل مفردة من كتاب
الإيمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فهو هب ولم يقبل ، فقد بر في نفسه بخلاف
انسح . . . واعلم أن صاحب النكاح وصاحب النكاحه ملكا هها مسلما آخر ، فعلا وركبها
الائجاب والقول لأنها عند ، وإنما انعقد بالائجاب والقول ، لأن ملك الإنسان لا يسقط إلى
الغير بدون ملكه ، وإنما اطلب على انصر لا يكون بدون قوته ، وإنما يجب لو حلف إلا يهب
فوهب وبم يقبل ، لأنه إنما يصح بعبه عما هو مقبور له وهو الإيجاب لا العون لأنه فصل
المر ، انتهى كلامهما . أقول هذا التقرير . . بر عليه أن الفصل المذكور للحث فيما لو
حلف إلا يهب فوهب ولم يقبل بعض أن يجب فيما لو حلف إلا يسع فباع ولم يقبل ، لأن
المقصور به في كس عند هو الإيجاب لا القول ، مع أنه لا يجب في صورة البيع كما صرحوا به .
والعاصل أن كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب . وعن هذا قال صاحب غايه
البيان وأما ركنها فقد احتلف المذاهب فيه . قال شيخ الإسلام خواهر رادة في مسوطة هو
مجرد إيجاب الواهب وهو قوله وهب ، ولم يجعل قوله الموهوب به ركنًا لأن العقد معتقد
بمجرد إيجاب الواهب ، وبهذا قال علماءنا إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يجب في نفسه
عندنا . وقال صاحب النسخة ركنها الإيجاب والعون ، ووجهه أن الهبة عند والعقد هو الإيجاب
والقول ، إلى هنا انتهى كلامه . وقال صاحب الدائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من
الواهب ، فاما العون من الموهوب له فليس بركن استحسانا ، والقياس أن يكون ركنًا وهو
قول رفر ، وفي قول فالح القاضي أيضا ركن . وفائدة هذا الاختلاف يظهر فيمن حلف لا يهب
هذا الشيء لفلان فهو هب له فلم يقبل ، أنه يجب استحسانا . وعند رفر لا يجب ما لم
يقبل . وفي قول ما لم يقبل وتقبض ، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يسع هذا الشيء لفلان
فباعه فلم يقبل أنه لا يحث (٢) .

ابتداء وانتهاء ، فيلزم كل من المتعاقدين ، ومن ثم لا يتم العقد إلا بإرادة كل منهما ، فيكون الركن هو الإيجاب والقبول دون خلاف . والطائفة الثانية من التصرفات ، وفيها الكفالة والقرض ، تبرعات ابتداء معاوضات انتهاء ، فتسرب الشك فيما إذا كان يلزم قبول لدائن في الكفالة والمقترض في القرض مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته فثبت لقولنا **بأن** هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة في نهايته ، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب والقبول ^(١) . والطائفة الثالثة من التصرفات ، وفيها الهبة والعارية ، تبرعات ابتداء وانتهاء ، فتلعل الشك فيما إذا كان يلزم قبول الموهوب له في الهبة والمستعير في العارية مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته وفي نهايته . فثبت لقولنا **أن** هذا القبول غير لازم ، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب **فثبت** ^(٢) . ويستطيع أن يستخلص من هذا التحليل أن التصرف في الفقه الاسلامي يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يربط التزاما في جانب كل من الطرفين ولو ابتداء ، أما التصرف الذي يربط التزاما في جانب أحد الطرفين دون الآخر فثبت بإيجاب لطرف الملتزم وحده . فكأن الالتزام ينشأ في زمانه براهه ابتداء وحدها ، وكأن العبدية ، وهو إيجاب وقبول ، يقوم **بأن** كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر ، فإذا صح هذا منظر ، أمكن القول في الفقه الاسلامي إن الأصل في التصرفات هي الإرادة المفردة لا العبد

(١) وكانكالة والمقترض عقد ابرهي . ففسرى أن فيه حلاى ، فمن ساعد بالانجاب واعتبر أم ساعد بالانجاب من ابرهي وحده . وفسرى أيضا أن ابراجح هو أنه يشهد بالانجاب وانسبون ، ذلك لأنه إذا كان يرتب ابتداء فهو معاوضة ابتداء .

(٢) وهذا خير من السلب الذى يعناد عن صاحب استائع . قال تقي سمرق لاحد مرة محضا بكفى في ذلك انجابه ، أما قول الآخر لسرع لمخفى مصلحة فمى مطلوب ، وإنما يرتد الصرف بالرد كما في الإبراء . وهذا هو عين ما وقع عندما صاغ واصمو قانون ناسون عقد الهبة ، فعرفوا الهبة في استائنها (*contrat*) ، فادى بالناسون ، مطاوعا في ذلك الداهية ، إلا أن تكون تصرف (*acte*) . وعلى هذا الوجه الآخر ورد تعريفها في القانون المدنى الفرنسى .

تصرفات تم بإرادة منفردة :

وهذه هي : (١) الالتزام . (٢) والوعد . (٣) والذر

فالإلزام ينشأ في لغة الإسلام على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة . فقال المطلق أن الترتيب على الالتزام أي الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة . فإذا أكرم شخص مال يرضيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه . فهل يتعد الالتزام بإرادته المنفردة هذه أن يعطي المال الذي أكرمه بأعطائه؟ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة أن هذا من قبل التبرع والتبرع غير ملزم عندكم . أما عند مالك فهو ملزم ما لم يمت المبرم أو يفلس . ذلك أن الموت والإفلاس يسقطان هذا الالتزام . فلا يجب شيء لمدة له . لا في التركة ولا في التفليسة .

ويعبر الفقهاء بين الالتزام والوعد . فالإلزام هو ما تقدم . أما الوعد فهو ما يرضيه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقل لأعلى سبيل الالتزام في الحال . وقد يقع الوعد على عقد أو عمل . كمن يعد شخص آخر ببيع أرض أو ببناء داراً . وجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء . ولكن المالكية اختلفوا فيه على أربعة أقوال . أولها أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يمت أو اواعد أو يفلس . والثاني أنه غير ملزم ولا يقضي به في أية حال . والثالث أنه ملزم إن كان على سبب . دخل الموعود في سبب أو لم يدخل . والرابع أنه ملزم إن كان على سبب ودخل الموعود من أجل الوعد في السبب . وبأن يمثال يوضح القولين الأخيرين : يعد شخص آخر بملع من المال ليعيه على الزواج . فهذا الوعد ملزم للواعد . تزوج الموعود أو لم يتزوج على لقول لثالث . وهو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعود قد تزوج على القول الرابع .

وإلى جانب الالتزام والوعد يوجد الذر . هو التزام فيه فدية لله تعالى بصيعة تدل على ذلك . وحكمه عند الحنفية وجوب الوفاء به . ولكنه يسقط

يموت الناذر . وحكمه عند المالكية والشافعية وجوب لوفاءه . إذا علق على مرغوب فيه . والتجيير بين الوفاء والكفارة إذا علق على مرغوب عنه (١) .

الإرادة المنفردة تحدث آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام :

وفي الفقه الاسلامي ، كما في الفقه العربي ، قد تحدث الإرادة المنفردة آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام . فقدره يكون سبباً لكسب الملكية كالوصية . وتارة تكون إسقاطاً كالإبراء والوقف . وتارة إن جانب ذلك إحارة العقد . وإقراره من الغير . واستعمال خيار من الخيارات المعروفة ، وعزل الوكيل ، وإحارة الوصية . كل هذه وغيرها إدرات منفردة تحدث آثاراً قانونية مختلفة ، كل إرادة بحسب ما تقصد إليه .

(١) أما الحمالة فلا تقوم على الإرادة المنفردة « وانجماعه أو انحصاره يكون في العقد الآخر برده الأخذ على صاحبه ، فمستحق حملاً دون شرط عند الحنفية ، وعند الشافعي لا يشب الحمل إلا بشرط . وأما ما كان قدر الحمل فمستلزم أن رد العقد من مسيره بملته أمام فصاعداً فله أن يقبل بدهما ، وأن رده دون ذلك فحماله ، وأن رده من أقصى المصير رخص له على قدر عاقبه وبعبه ، لأن الواجب بمقابلته العمل فستعبر بعبه . . هذا إذا كانت قبضه العقد أكثر من الحمل ، فإن كانت قبل الحمل أو انقص منه بعض من قبضه بدهم عند أبي حنيفة ومحمد ، فإن أبو يوسف له الحمل بتمامه » (البدائع جزء ٦ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٦) .

وسبب مما يقوله عن البدائع أن الالتزام هنا لا تقوم على الإرادة المنفردة . فالحمل عند الحنفية واجب دون شرط ، وعند الشافعي لا يجب إلا بالشرط أي بالتفقد لا بالإرادة المنفردة . ثم أن الحمل مقدر سراً لا بالإتفاق ، وهو عند الحنفية أقرب إلى أن يكون قائماً على قاعدة الإبراء بلا سبب ولا يقوم على الإرادة .

وكالحمالة بعبه الصالة ، فمن وحدها وأبقى عليها بامر القاضي يكون ديناً على مانكها ، وإن أبقى بغير إذن القاضي يكون مبطوناً ، فسمى أن يرفع الأمر إلى القاضي بظن في ذلك ، وإن كانت بهيمة بحمل الاستماع بها بطريق الإحارة أمره بأن يؤجرها ويبقى عليها من آخرها نظراً للمال . وإن كانت مما لا يحمل الاستماع بها بطريق الإحارة وحسب أن لو أنه وعلها أن يسفرك البعده فبها أمره بعبها وحفظ بعبها (يقوم) مقامها (كما) في حكم الهلاك . وإن رأى الأصح ألا يبيعها بل يبقى عليها ، أمره بأن يبقى عليها لكن بصفة لا تزيد على قبضها ، ويكون ذلك ديناً على صاحبها ، حتى إذا حضر بحد منه البعده . وله أن يحبس البعده بالصفة كما يحبس المسع بانهي . وإن أسي أن يؤدي أسفه بانهي القاضي ودفع إليه قدر ما ألقى « (البدائع جزء ٦ ص ٢٠٢) .

ومن كل هذا نرى أن بعبه الصالة كاحتماله ، أنها تقوم على مبدأ الإبراء بلا سبب ، ولا دخل فيها للإرادة ، فسمى في الحمالة ولا في بعبه الصالة ما يقابل الوعد بمقتضاه في البعبه الفرنسي وهو النوع الذي يقوم على الإرادة المنفردة .

(ح) العمل غير المشرع

لا توجد قاعدة عامة :

في العمل غير المشروع . كما في العقد وكما في الإرادة المنفردة ، لا توجد قاعدة عامة في الفقه الاسلامي تجعله مصدراً للالتزام بوجه عام ولكن لها كمنهاك نعي لتطبيقات عن القاعدة .

حق الله وحق العبد :

والأصل أن الحق بوعان ، حق الله وحق العبد .

لحق الله ما يتعلق به المنع من غير اختصاص بأحد ، فينسب إلى الله تعالى معظم خطره وشمول نفعه . وحقوق الله ثمانية . عبادات خاصة كالإيمان ، وعقوبات خاصة كالحدود ، وعقوبات ماضية كالحرمان من الميراث ، وحقوق دترة بين الأمرين كالكنسارات ، وعبادات فيها معنى أدوية كصدقة الفطر ، ومؤونة فيها معنى العبادة كالغنى . ومؤونة فيها شبهة لعقوبة كالخراج ، وحق قائم نفسه كحمن العائنه (١) . ومن ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة ، سلاقي فيها الدين مع القانون . اعاء ١٢ ، ثم اقدمون اح. في مع القانون المدني .

وحق العبد ما تنعني به مصدحه خاصة كالدية و صلب . حق العبد إذن يدخل في منطقة القانون الخاص

(١) التلويح والوضيح ص ٧٠٥ .

(٢) والقانون العام في الفقه الاسلامي قل بصورا من القانون الخاص ، فهو لا يزال في مراحله الأولى لم يقطع شوطاً كافياً في مدار التقدم . ويبدو أن السبب في وفوق القانون العام عن التطور يرجع إلى قيام حكومات مسند متعاقبة في الإسلام ، ثابت مهمها احماذ أى حركة فعنه نعم اصول الحكم على أسس من الخبرة السابيه والحقوق العامة اديتيراطه . اما القانون الخاص في الفقه الاسلامي ، فقد تقدم تقدمه كثيراً ، لأن الحكومة المسندة لم يكن يضربها تعنه .

وهناك ما يجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحق الله ، وما يجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالتقصاض ويلحق بحق العبد (١) .

جزاء حق الله :

وجزاء حق الله عقوبة عامة ، وهي الحد والتعزير في حقوق لله والكفارة والحرمان من الميراث .

والحد هو عقوبة مقررة حددها الشارع . والحدود خمسة : قطع اليد في السرقة ، والرجم أو الجلد مائة في الزنا ، والجلد ثمانين في الشرب (من شراب معين ولو لم يسكر) ، والجلد ثمانين في لسكر (من أى شراب بشرط أن يسكر) ، والجلد ثمانين في القذف . يضاف إلى هذه الحدود حد قاطع للطريق ، وهو قطع يده ورجله من خلاف إن أخذ أدل ولم يقتل ، والقتل إن قتل ولم يأخذ المال ، والقتل أو الصلب بعد قطع اليد وارجل أو دون قطع إن أخذ المال وقتل ، وانفى إن أحاط دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً .

والتعزير في حقوق الله يكون في حنابة في حق الله ليس لها حد مقرر في الشرع . ويجب ما يحاييه ليس في جسم ما يوجب الحد ، وإما حنابة في حنابها الحد نكحهم يجب عقود شرطه . ويبيع بالخس أو يضرب أو الكهر والاستحقاق الكلام وروى من ذلك أن الحيات في حق الله ، في غير الحية المقررة ، متروك هديرها لتناضى من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقديم العقوبة (٢) .

وللكفارة عقوبة دائمة بين الخاصة والفقيرة ، ويجب في قتل الخطأ .

(١) الطلوع والسوضح ص ٧١٢ .

(٢) وهذا يدل على أن القانون الجنائي في الفقه الإسلامي لم يتقدم في أصوله وأحكامه تعميم القانون المدني . من معنى نائب التعزير واسعا يدخل فيه التشريع والفساد والفقه لتقرير المبادئ الحديثة في القانون الجنائي ، فإن الفقه الإسلامي في الحالة التي هو عليها لم يعرض لهذه المبادئ نائباً أو معي ، فهو لا يعرضها ولا يعارضها .

والحرمان من الميراث عقوبة قاصرة . ويمكن مع الموازين الحديثة القول بأن الحرمان من الميراث عقوبة تعبية توقع ، إلى جانب العقوبة الأصلية ، على المائل إن كان يرث من المقتول .

والعقوبة العامة ، أيا كانت ، تتميز بالخصائص الآتية :

(١) لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح .

(٢) وبفصوص استيفاءها للإمام .

(٣) ويجرى فيها التداخل ، أى لا يقام على الجاني إلا جحد واحد ولو تكررت الجريمة .

(٤) وتنصف بالحق ، فالعبد يقام عليه نصف الحد الذى يقام على الحر ، ويجلد أربعين جلدة لاثنتين فى ربنا وشرب وسكر والهدى .

(٥) ولا يجرى فيها الأثر ، فلا تنقل إلى ورثة الجاني بما فون مكانه بعد موته ، ولا إلى ورثة من عليه يطالبون باستيفائها بعد موت مورثهم ، إذ أن استيفاءها مفوض للإمام لا للبحر عليه ولا لورثته كما سبق القول . وعن بيان أن هذه الخصائص هى خصائص العقوبة الجنائية فى الفقه الجاني الحديث فالعقوبات العامة التى تقدم ذكرها هى إذن العقوبات الجنائية فى الفقه الإسلامى .

جزاء حق العبد :

وجزاء حق لعبد إما عقوبة خاصة أو ضمان أو جزاء يدور بين العقوبة والضمان .

العقوبة الخاصة :

والعقوبة الخاصة هى .

أولاً : التعرير فى حقوق العبد . وهو كأن يعرير فى حقوق الله من حيث وجوبه فى حياة ليس لها حد مقدر فى الشرع ، ومن حيث قدره من ضرب

وحسن وكهر مع استحفاف الكلام . ولكن الجاية التي مرر فيها هنا تكون حاية من حقوق العبد ، ولذلك كان التعرير عليها عقوبة خاصة .

ثانياً : انقصاص . ويجب فيما تمكر فيه المائلة بين تخليين ، وقد جاء في القرآن الكريم : « وكنتنا عليهم أن نفس ماسهم ، واهين بالعين ، والجروح قصاص » . فهو يجب رد :

(١) في القتل العمد ، وانقصاصها إما من حق الميت ولوثة حصوم في استيفاء حقه كما في مال ، وإما من الورثة اثناء وإلى ذلك ذهب أبو حنيفة . ويسقط القصاص ماغفر من المقتول قبل موته أو من أحد أولياء الدم أو بالصلح على الدية .

(٢) في الجاية عمداً على ما دون النفس إذا أمكنت المائلة بين تخليين في المانع والفضل . فمن قطع إصبع آخر متعمداً قطع يصبغه ، ومن قلع عيناً لآخر عن عمد قلععت عينه . وهكذا

والعقوبة الخاصة ، على عكس لعقوبة العامة ، تتميز بالخصائص الآتية .

(١) يحور فيها العفو والبراء والصلح .

(٢) وبفوص استيفاءها إلى المحنى عليه أو وليه .

(٣) ولا يحرى فيها لتدخل فتتكرر عقوبة تتكرر الحدية .

(٤) ولا تنصف دافق ، فعقوبة العبد من عقوبة الحر .

(٥) ويجرى فيها الارث من جهة المحنى عليه ، ولكن لا يجرى الارث

من جهة الجاني .

ويلاحظ هنا أن عقوبة قتل العمد ، وهي انقصاص ، تعتبر عقوبة خاصة فيحور فيها العفو والبراء والصلح ، بينما ترقى عقوبة القوف إلى مستوى العقوبات العامة فلا يحور فيها شيء من ذلك . وهذا يدل مرة أخرى على وقوف القانون الحديث في نفسه الاسلامي عن التطور . ويلاحظ أيضاً أن القانون الحديث في "فقه الاسلامي" لم يفصل انفصلاً تاماً عن قانون المدنى

كما تم ذلك في الفقه العربي . فالجرائم التي تعتبر اليوم في الفقه الغربي جرائم جنائية يعاقب عليها في الفقه الاسلامي تارة بعقوبات عامة أي بعقوبات جنائية كالحدود والعزير في حقوق الله ، وتارة بعقوبات خاصة وهي التعزير في حقوق العبد والقصاص ، وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية ، وقد فصل الفقه الحديث بين المعنيتين وبلا حظ أخير أن الجرائم في الفقه الاسلامي يتدرج من العقوبة العامة ، إلى العقوبة الخاصة ، إلى جرائم يدور بين العقوبة والضمان ، إلى ضمان محض . وفي هذا تدرج ملحوظ من العقوبة الجنائية إلى التعويض المدني .

الجرائم الذي يدور بين العقوبة والضمان :

هذا الجرائم هو .

أولاً : الدية — وهي مائة من الاي أو ألف دينار أو عشرة آلاف من الدراهم وتجب في :

(١) القتل غير عمد (١) ، وفي أوحت نفس القتل الخطأ أو شبه العمد تتحملها

(١) والفصل في الفقه الاسلامي أربعة أنواع . قبل هو عمد محض ليس فيه شبه عدم ، وفي عمد فيه شبه عدم وهو المسمى بشبه العمد ، وقبل هو خطأ محض ليس فيه شبه عدم ، وقبل هو في معنى القتل الخطأ . أما انفق هو عمد محض فهو ان يقصد القاتل بحدوث به حد او طعن كالسيف والسكن والرمح والاسعار والابرء وما أشبه ذلك ، او ما بعض فعل هذه الاشياء في الحرج والدمى كسائر الرجاج ولطفه العصب والمروءة والرمح أي لا انسان له ويحق ذلك ، وكذلك الآفة يستحدث من النحاس ، وكذلك القتل بحدوث لا حد له كالعمود وصحبة الكبرياء وظهور الناس وآثرو ويحق ذلك عمد في ظاهر الرواية وأما شبه العمد فتتضمن أنواع بعضها معنى على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه . أما المتفق عليه فهو ان يقصد القتل بعضا صغيره أو بجرح صغير و يظلم ويحق ذلك مما لا يكون انما هو انه لا يكون كاسوطة ويحقه ان ضرب ضربه أو ضرب في موال في الضربات . وان دمعت فيه ، فهو أن يضرب بأسوطة انصعير ويؤا في الضربات الى ان يموت ، وهذا شبه عمد فلا خلاف بين اصحابنا رحمهم الله تعالى ، وعند الشافعي رحمه الله هو عمد . وان قصد قتله بما يوجب فيه الهلاك مما ليس بخارج ولا طائفي كصبيته انصعيرين والجرح الكبر والبعضيب الكبره وبضمومها ، فهو شبه عمد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندنا ، وعند الشافعي هو عمد . ولا يكون فيما دون انفس شبه عمد ، فما كان شبه العمد في النفس فهو عمد فيما دون انفس

العاقلة . وعاقلة الشخص قبيلته وهو منها . وإذا وجبت بغير ذلك وجبت في مال القاتل فلا تعقل العاقلة الصلح ولا الإقرار ولا العمد .

(٢) الجناية على مادون النفس من غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة ، وتبين من ذلك أن الجناية على النفس أو على مادونها في عضو تمكن فيه المماثلة ، إذا كانت عمد تستوجب العصاص ، وإذا كانت غير عمد تستوجب الدية .
ثانياً - الأرش . وهي جزء من الدية . فإذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة وأصيب بعض منه ، فالدية تجب بنفسه ما أصيب ، وتسمى في هذه الحالة أرشاً . ومن ثم يجب نصف الدية في اليد الواحدة ، وربعا في أحد أشجار العين الأربعة ، والعشر في الأصبع ، ونصف العشر في السن .

ثالثاً - حكومة العدل : وتكون في الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة ، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجرم للقاضي ، وهذا هو معنى حكومة العدل . ويخلص من ذلك أن حكومة العدل في المسؤولية التقصيرية بعدل التعرير في المسؤولية الجنائية سواء كان لتعزيز في حقوق الله أو في حقوق العبد ، وذلك من حيث السلطة لتقديرية الموكولة للقاضي . ويخلص من ذلك

== لأن ما دون النفس لا يقصد ابتلاؤه بآلة دون أنه غايه ، فاستوى الآلات كلها في الدلالة على القصد ، فكان الفعل عمداً محضاً وأما القتل الخطأ ، فالخطأ قد يكون في نفس الفعل ، وقد يكون في ظن المفاع . أما الأول فنحو أن يقصد صفاً فيصيب آدمياً ، وإن يقصد رجلاً فيصيب غيره ، فإن قصد عضواً من رجل فاصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس خطأ . وأما الثاني فنحو أن يرمى إلى إنسان على ظن أنه حربي أو مردي فإذا هو مسلم وأما القتل الذي هو في معنى الخطأ فتوعان نوع هو في معناه من كل وجه وهو أن يكون على طريق المباشر ، ونوع هو في معناه من وجه وهو أن يكون من طريق السبب . أما الأول فنحو التائم بقلب على إنسان فيقتله ، فهذا القتل في معنى الفعل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لأنه مات بقلبه ، فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية ، لأنه إذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الأحكام هناك وروداً ههنا دلالة ، وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله وأما الثاني فنحو جناية العاقر ومن في معناه ممن يحدث شيئاً في الطريق أو المسجد ، وحياة السائق والقائد ، وجناية الناحس ، وجناية الحافظ . (المدائع جزء ٧ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ وص ٢٧١ وص ٢٧٤) .

أيضا أن حكومة عدل ، وهي أكثر مرونة من القصاص ولدية والأرض .
 تكاد يضع مبدأ عاما في الفقه الإسلامي يقضي بأن العمل غير المشروع الذي
 يصيب الجسم فيما لا يمكن فيه المنة — ويدخل في هذا أكثر الخراج والشجاج
 وأكثر ضرر الأذى — عندما كان أو غير عمد ، يوجب أنه من بمقدار
 مقروك تقديره لمقصي . وهذا المبدأ الجوهرى المتعلق بالعمد غير المشروع
 الذي يصيب الجسم كمن مبدأ جوهريا آخر متعلقا بالعمل غير المشروع
 الذي يصيب المال ، وهو الصمان وبخاصة في الإيلاف والعصب . ومجموع
 هذين المبدأين الجوهرين يمثلان المبدأين التفسيرية في الفقه الإسلامي .
 فتخلص لما قاعدة تكاد تكون عامة . هي أن أكثر الأساليب غير المشروعة
 التي تصيب الجسم أو المال تستوجب التعويض ، وفي من مصدر لا يشترط .

الصمان :

وهذا هو التعويض المندرج المخصص . والصمان نوعان . صمان مقدر وهذه
 هي المسئولية العقابية ، وصمان اعملى وهذه هي المسئولية التفسيرية في خصوص
 المال . وهي التي يعيها ما فقها عندها . والضمان عن هذا النوع . أى صمان
 الفعل ، لا يكون إلا في الحرائم التي تقع على المال . ولا توجد قاعدة عامة
 لفقه الإسلامى تقضى بأن كل عمل غير مشروع يلحق ضررا بمال يوجب
 التعويض فيكون مصدر الإلزام . ولكن الفقهاء نصوا على الأحوال التي
 يجب فيها الصمان . وذكر منها حمسا ، أهمها الحالتان الآخيتان :

أولا : بعض الخنايات التي تستوجب أخذ أو تستوجب عقوبة عامة ،
 كالسرقة وقطع الطريق . والسرقة حكم . أحدها يتعلق بالنفس وهو
 القطع ، والآخر يتعلق بالمال وهو الصمان . والشافعى يجمع بين الحرامين ،
 وهذا يتفق مع الفقه الحديث حيث يجمع بين الدعوى العمومية والدعوى

المدينة . أما الخفية فلا تجمع بين الممنوع والحصان لأن المصعوبات عندهم عند
عند أدائه لحصان أو أحباره من وقت لأخر . ويرى السارق قبضة المسروق
أو مثله لمالك المسروق من وقت لأخر . فليس أنه ممنوع في ماله نفسه وهذا
لا يجوز . والحصان يكون إذا هلك شيء . ثم روق فبيده السارق منه أو يخته .
ردا بقا فأنما فيجب رده إلى صاحبه .

ولقطع الطبق كما للمسرفة حكما . أحدهما يتعلق بالنفس . هو . وحب
الحد . والآخر يتعلق بالمال وهو وحب . لأن كل مال قائم بنفسه . ولصاحبه
أن يأخذه أبيا وجمعه . في يد الثغاب أو في يد من ملكه الثغاب مع أو هبة
أو غير ذلك . وإن يكن المال قائم بنفسه فاطع في ماله . فله أن يقطعه

ثالثا : الإكراه وهو إجبار من غيره . ولا يحكم بشرته . هو . وهو منجى .
يعدم له . ويمنع الاحتيال . أو غير منجى . عدمه الزك ولا يفسد الإكراه .
وأثر الإكراه في التصرفات المدنية أنه يفسدها . فبذلك كان أنه غير منجى .
أما التصرفات المالية . أي الأعمال المالية . فلا يفسدها . لا الإكراه المدني .
ورداً أكره شخص آخر على الإتيان بعمل مدني . فحكمه أن يفسد
الحكم إلى إحاطة انتهاء لافقلا من العمل به . فهو أكرهه على رمي صدقه
فانصب ثوبا . فالمدنية على ما فيه حرام . والثغارة عنه كذا لو أكرهه
على إفلاف المال . اعتبر أحسن من حيث نسب . ووجب الحصان لو حوذه
ركن التعدي (١) .

ثالثا : التعريض وفسد العقد إذا نسب عنه عن فاحش . أما فيما بين
المعروف والمنعقد به فإن التعريض لا يوجب الرجوع . فهو قال أسكن هذا
الطريق فإنه آمن فملكه فاحشه النصوص . أو كل هذا لعدم فيه انس
بمعلوم فأكله فمات . لاصحان إلا في ثلاث مسائل : الأولى . إذا كان التعريض
بالشرط . كما لو روجه امرأة على أنها حرة ثم استحققت . فإنه يرجع على

المحبر بما عزمه للمستحق من قيمة الولد . الثانية - أن يكون في ضمن عقد معاوضة ، ويرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحققت بعد الاستيلاد ، ويرجع بقيمة لبناء لو بن المشتري ثم استحققت الدار بعد أن يسلم البناء له . الثالثة أن يكون في عقد يرجع بعه إلى الدافع كالوديعة والإجارة ، حتى لو هسكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم استحققت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما صمماه ، وكذا من كان بضماعهما ، وفي العارية والهبة لا رجوع لأن للبصر كان لنفسه ، ^(١)

رابعاً : العصب وهو أحد مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يربس يده بفعل في العين . فهذه قبود ستة .

(١) مال . (٢) متقوم . (٣) محترم (٤) بلا إذن من له الإذن . (٥) على وجه يزيل يده . (٦) بفعل في العين .

حرج بالقيد الأول الحر والميتة لأنها ليس بمال . وحرج بالقيد الثاني حر المسلم لأنه مال غير متقوم ، وحرج بالقيد الثالث مال الحر لأنه مال مضمون غير محترم . واحتج بالقيد الرابع عن الوديعة وغيرها بما يكون سببا شرعياً في تسليم المال للمعير لأن المال المقوم اعترم أحد إذن صاحبه . أما القيد الخامس والسادس فلا بد منهما على أصل الشيخين دون محمد . هي القيد الخامس اعتبر الشيخان في لعصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلية ، واكتفى محمد بإثبات اليد المبطلية . ويتفرع على ذلك أن روائد المعصوب غير مصمومة عند الشيخين ، لأن إثبات اليد المبطلية غير مصحوبة بإزالة اليد المحقة ^(٢) . وفي لقيد السادس أضاف الشيخان أن تكون إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلية بفعل في العين . ويترتب على ذلك أن العقار لا يعصب عندهما لأن إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلية لم يكن بفعل وقع على العين بل على الشخص ، حتى لو منع رجلاً من دخول داره ، أو لم يمكنه من أحد

(١) مجمع السماعات ص ٥٤ .

(٢) كذلك اللفظة إذا أحلها شخص وقصد ملكها لا بصر غاصبا عند الشيخين ، لأنه إذا

كان قد أثبت اليد المبطلية فإنه لم يزل اليد المحقة .

ماله ، لا يكون غاصبا بذلك ، وكذلك لو مع المالك عن المواشي حتى صاعت
لا يضمن ، ولو نقلها من موضعها يصير غاصبا . ولو جلس على البساط لا يكون
غاصبا ، فإن الخلو يس عليه ليس بصرف فيه (١) .

(١) هذا هو المصعب . وقد بلس بالسرقة ، فيجب المبيع سهاقا وضوحا لا السرقة فيها
القطع ، ولا حد في المصعب ، وسير السرقة عن المصعب بأنها أخذ من الخمر على سبيل
الاستخفاء . ووضع لها صاحب الدائع حقوقا دفعه فقال
" أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء .. ثم الأخذ على وجه الاستخفاء
بوتان : مبصرة وسبب " .

" أما المبصرة فهو أن سولي السارق أخذ المانع وأخراجه من الخمر نفسه حتى لو دخل
الخمر وأخذ مئاة فمضاه أو لم يحمله ، حتى ظهر عليه وهو في الخمر قبل أن يخرج ، فلا
قطع عليه ، لأن الإخذ أتاب الد ولا يتم ذلك إلا بالأخراج من الخمر ولم يوجد . وإن رمى به
خارج الخمر لم يظهر عليه قبل أن يخرج هو من الخمر ، فلا قطع عليه ، لأن يده ليست شائبة
عليه عند الخروج من الخمر ، فإن لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الخمر ،
يقطع ... ولو رمى به أبي صاحب له خارج الخمر فأخذه الرمي له ، فلا قطع على واحد
منهما ، أما الخارج فلا يقطع له لم يوجد منه الأخذ من الخمر ، وأما الداخل فلا يقطع له لم يوجد منه
الأخراج من الخمر شيئا من الخارج عليه .. السارق إذا نصب سرا ولا يدخل يده وأخرج
المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ؟ ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يثبت
خلافه . وقال أبو يوسف في الإملاء أقطع ولا أمانى دخل الخمر أو لم يدخل ، وعلى هذا الخلاف
إذا نصب وجمع المانع عند النصب لم يخرج وأدخل يده فرفع . وجه قوله أن الركن في السرقة
هو الأخذ من الخمر ، فاما الدخول في الخمر فليس بركن ، ألا يرى أنه لو أدخل يده في
الصندوق أو الجواني وأخرج المانع يقطع وإن لم يوجد دخوله . ولهما ما روي عن سيدنا علي
رضي الله عنه أنه قال : وإذا كان اللص ظريفا لم يقطع ، وفيه كيف يكون ظريفا ، قال يدخل
يده إلى الدار ويكنه دخولا . ولم يعمل أنه انكر عليه منكر ، فكأن أجماعا . ولأن الخمر
على سبيل النكاح شرط لأن به يكامل الحاشية ، ولا يكامل انتهك فيها بصورة فيه الدخول إلا
بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق وأنجواني لأن هكهما بالدخول مغلر ، فكان
الأخذ بالدخول أريد فهما هناك مكتملا ، فقطع . ولو أخرج السارق المانع من بعض سوب
الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار ، لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرد واحد ..
فلم يكن الإخراج إلى صحن الدار إخراجا من الخمر ، بل هو فعل عن بعض الخمر أبي النقص
بمسألة التعل من رآه إلى رآه أخرى .. ولو نصب بيت رجل ودخل عليه مكانه لبلا
حتى سرق منه مئاة يقطع ، لأنه أن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فعدم
وجد من الناس لأن الموت لا يثقل بالليل لكونه وقت نوم وغفلة ، فضعف انفرقه والله
يعلم أعلم " .

" وما السبب فهو أن يفعل جماعة من اللصوص سرل رجل وأخذوا مئاة ويحملوه على
ظهر واحد ويخرجوه من المنزل . فالقياس لا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر . وفي
الاستحسان يقطعون جميعا . وجه القياس أن ركن السرقة لا يتم إلا بالأخراج من الخمر ، =

ويجب على العاصب رد المعصوب ، لو كان قائما ، في مكان غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأمكنة ، وأجرة الرد على العاصب ، وإن هلك ، ولو بقوة قاهرة ، فعلى العاصب رد مثله أو قيمته يوم غصبه . ولو غصب المعصوب من لعاصب ، فامانك بالخيار إن شاء ضمن العاصب وإن شاء ضمن العاصب العاصب ، فإن ضمن الأول ، يرجع بما ضمن على الثاني ، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول . ولو حذر المالك تضمين أحد العاصمين لس له أن يصاب الآخر . ولو باع للعاصب المعصوب ، فأنك تحير في تضمين من شاء ، فإذا ضمن المشتري رجع بما ضمن على البائع .

حاشية : الانتلاف ويكون مباشرة أو نسبيا فالانتلاف مباشرة هو انتلاف الشيء بأداة من غير أن يحسن من فعل المباشرة وتنتفع من آخر . والانتلاف تسدي يكون ممن وقع على شيء وينتهي إلى تلف شيء آخر . من قطع جبل قنديل معلق ، فسقط القدس على الأرض واكسر ، يكون قد أتلف الخنبل مباشرة وكسر القنديل نسبيا .

والقاعدة أن المباشرة خاصة وإن لم ينع ، وانسب لاصطناع إلا إذا كان متممدا أو متعددا . فإذا أمتلأ التام عن متاع وكسره وحب الضمان ولو أن طفلا ، ولد انقلب على مال يسان فألقه ضمن ما ألتف . وكذا الخنول اندى لا يصبو إذا مزق ثوب إسان يرمه الضمان . ولو أن دابة يركبها داسر شتار وألقته عند الكاكب أنه ألتف الشيء مباشرة وضمن .

= وذلك وحده منه مباشرة ، فاما غيره فمعنى له ، والتحد يجب على المانتر لا على الممن كحد الزنا والشرب . وجه الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى ، لأن العامل لا يضر على الإخراج إلا باعتانة باقيين ويرصعهم للدفع ، فكان الإخراج من الكل من حسب المعنى ، ولهذا الحق الممن بالمباشرة في قطع الطريق وفي الصمعة ، وكذا هذا . ولأن العامل عامل لهم ، فكانهم حملوا المتاع على حمال وساقوه حتى أخرجوه من العود . ولأن السارق لا يسرق وحده شدة من مع أصحابه ، ومن عاده السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل يرصد البعض ، فلو حمل ذلك مانعا من وجوب انقطع لانسد باب القطع وأصبح باب السرقة ، وهذا لا يجوز ، ولهذا الحبس الاعتانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا ، والله تعالى اعلم . «
البدائع جزء ٧ ص ٦٥ - ص ٦٦ .

كل هؤلاء باثروا الانلااف فيصمون ولو دون تعمد أو تعد (١) . ولو حفر بئرًا في ملكه فوقع فيها إنسان لم يصمه ، لأنه متسبب لا مباشر ولم يتعد ولو حفر البئر في غير ملكه صمى ، لأنه متعمد . ولو سعى إلى سلطان طالم حتى عزم رحلا ، فهو بحق لا يضمن ، لأنه لم يتعد ، والسعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب أو لا يكون قصده إقامة الحسبة (٢) . وإذا أمر إنسانا بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لأن الأمر لم يصح وفي كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الأمر (٣) وإذا بواهرت شروط الانلااف المتقدمة الذكر ووجب للضمان ، دفع الملف إلى صاحب المال المثل أو القيمة وقت الانلااف .

(د) الإثراء بلا سبب

مقدمة بين الفقه الإسلامي وقانون الروماني والقانون الفرنسي :

يعترف القانون الروماني في كثير من التوسع بمبدأ الإثراء بلا سبب ، ويقول جيرا (٤) إن عتارف القانون الروماني بمبدأ الإثراء بلا سبب قديم يرجع إلى المراحل الأولى من تطوره ، بل لعله أقدم من اعترافه بالعمل غير المشروع وبالمقد .

وعلى العكس من ذلك القانون الانجليزي ، فإنه لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدر الإلزام إلا في حدود ضيقة ، وأوسع ما يعترف به في ذلك هو الإلزام الماشيء عن دفع غير المستحق . بشرط أن يكون المال الذي

(١) فإن الحرائم المنصوص عليها في قانون Aquilia الروماني " حيزار طعة سادسة

ص ٢٣ " - ولا يصح القول بأن هذا مصلح أساسا في الفقه الإسلامي لمسئولية غير المعز المميز والمسئولية القائمة على جعل التبعة ، لأن المسئولية هنا قائمة على فكرة مباشرة الانلااف

دون واسطة . فهو كان الانلااف سببا لا ضمن الطفل ولا المجنون لانتهاء النعدي .

(٢) مجمع الضمانات ص ١٥٤ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٥٨ .

(٤) ص ٦٢٥ - ص ٦٢٦ .

يراد استرداده مبلغاً من القود وأن يكون العلط الذى وقع فيه المدافع غلطاً فى الواقع لا فى القانون^(١). أما مبدأ الأثر بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الانجليزى إلا فى تطبيقات خاصة^(٢). وكذلك الفصولى ليس له الحق فى استرداد ما أنفق من المصروفات إلا فى حالات محدودة^(٣).

والفقه الاسلامى فى ذلك يبعد عن القانون الرومانى — كما بعد فى التمييز بين الحق الشخصى والحق العي — ويقف من القانون الانجليزى . فهو يعترف بالالتزام عن دفع غير المستحق فى حدود واسعة ، ولا يعترف بمبدأ الأثر بلا سبب ذاته إلا فى حدود ضيقة ، أما الفصولى فإنه يعتبر متبرعاً لا يرجع ، بما أنفق . ونستعرض هذه الحالات الثلاث فى الفقه الاسلامى : دفع غير المستحق ، والأثر بلا سبب ، والفصالة .

دفع غير المستحق :

الظاهر منصوص الفقه الاسلامى أنها تحمى دفع غير المستحق مصدراً للالتزام فى أوسع الحدود . فلو أن شخصاً طرأ أن عليه ديناً فإن خلافه ، رجع بما أدى^(٤) . ومن دفع شيئاً ليس واجباً عليه ، فله استرداده ، إلا إذا دفعه على وجه الهبة^(٥) . وتطبيقاً لهذا المبدأ نصت المادة ٢٣٧ من التقنين المسمى

(١) وقاعدة دفع غير المستحق بالفيدين المسمى اعترف بها القانون الانجليزى بمقتضى القانون الرومانى بعد تطور طويل (انظر وودرد woodward فى قانون تبه العطل ، بوسطن سنة ١٩١٢ ص ٢ — ص ٤) .

(٢) يذكر منها تطبيق

— اذا دفعت شركة التأمين مبلغ الضارء المؤمن عليها فلها ان يرجع على المؤمن له الموفى الذى أخذه من الغير عن هذه الضارة .

ب — اذا أسولى احد الشركاء فى الشروع على أكثر من نصه فى غلة العين المشاعة ، النزم برء هذه الزيادة

(٣) منها حالة انقاذ سفينة من القرص وحالة الدائن المتهرب فما سحبه من البعده لحفظ العين المرهوبة .

(٤) الاشياء والمظائر حرد اول ص ١٩٤ .

(٥) شرح الاشياء والمظائر (عمر عيون البصائر) حرد اول ص ١٩٤ .

العراقي على ما يأتي : « إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم إن الأمر قضى الدين بنفسه إلى ذاته والمأمور دفعه إليه أيضا ، فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الأمر إن كان قد سبقه في قضاء الدين . وإن كان الأمر هو الذي قضى الدين أولا ، فللمأمور أن يرجع على القاض أو على الأمر » (١) .

بين إن الفقه الإسلامي يتسع لصور أخرى من دفع غير المستحق . فمن دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد الذي دفع به الرشوة باطل ، وقد جاء في مجمع الضمانات (٢) في هذا الصدد : « قاض أو غيره دفع إليه سحت لإصلاح المهم ، فأصلح ثم ندم . برد ما دفع إليه . أبرأه من الدين ليصلح مهمة عند السلطان ، لا يبرأ وهو رشوة . المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء ، فهي رشوة لا ينت الميث فيها . وللدفع استردادها لأن الرشوة لا تملك » . ومن عجز الوفاء بالدين قبل حلول أجله استرد ما يقابل الأجل . وقد جاء في مجمع الضمانات أن « المراجعة التي لم تسحق ودفعت تسترد » . كما إذا قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، أو مات فاحدا من تركته . نحو المتأخرين أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت المراجعة بينهما إلا بعد ماضي من الأيام .. ولو أخذ المقر من المراجعة قبل مضي الأجل ، فللمديون أن يرجع منها بحصه مابق من الأيام » (٣) .

الطبري و بطرس :

تقدم أقول إن الفقه الإسلامي لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام . فهو عمر أحد الشريكين الملك المشترك بلا إذن شريكه ،

(١) غار مرشد الحيران م ٢٠٢ إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم إن الأمر قضى الدين بنفسه إلى ذاته ، والمأمور قد دفعه إليه أيضا فللمأمور أن يرجع بما دفعه على القاض لا على الأمر . فإن أقام المأمور البينة على أنه أدى الدين بعد الأمر قبل أداء الأمر ، فله الرجوع بما له له أن شاء على القاض وأن شاء على الأمر » .

(٢) ص ٤٥٨ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٤٥٩ .

يكون مبرعاً لا رجوع له عليه بما صرفه عن العارة^(١) . ولو أن رجعا كان بين اثنين ، فعد أحدهما وأفق الآخر ، يكون متبرعاً^(٢) .

على أنه يستثنى عما تقدم أن يكون المقتصر مضطراً إلى الإتيان ، إذا المضطر ليس متبرع . فلو أن صاحب الخو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم لا يكون متبرعاً ، ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى ، لأنه مضطر إلى البناء إذا لم يرفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى على بناء سفله لعدم بعده . وهذا بخلاف أربع أرباب أحد صاحبه ، فأنفق الآخر والفرق أن هذا غير مضطر لأن شركته لو كان حاضر أيجره القاضي على الإتيان ، ولو غابا يأمر القاضي الحاضر به ليرجع على الآخر ، فبالإلزام لا يضطر إذا كان متبرعاً^(٣) . ولو هدمما حائطاً بينهما ، فبنى أحدهما بإعازته يجبر ولو أهمل لا يجبر ولكن بنى الآخر ويمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي^(٤) . وجاء في رد المحتار^(٥) : « وإذا حصص في هذا المحل أن لشريكه دم يضطر إلى العارة مع شركته أن أمكنه القسمة ، فأنفق بلا إدارته ، فهو مبرع . وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه ، فلا بد من إدارته أو أمر القاضي ويرجع بما أنفق ، وإلا فهو متبرع . وإن اضطر وكان شريكه لا يجبر . فإن أنفق بإدارته أو بأمر القاضي رجع بما أنفق ، وإلا بقيمة البناء » .

وتطبيقاً لهذا المبدأ ، وإلى جانب أحاطة المتقدمة ، يكون الإجراء ملائماً مصدرراً للالتزام في الأحوال الآتية :

(١) حالة من يضطر للقيام بخدمة لمغير درءاً منصرفه عن نفسه ، كما لو قصي

(١) مرشد البحران م ٧٦٥ .

(٢) شرح المجلة لتسليم ماز ص ٧٠٥ عن جامع الفصولي .

(٣) مجمع السماعات ص ٢٨٨ .

(٤) مجمع السماعات ص ٢٨٨ .

(٥) شرح المجلة لتسليم ماز ص ٧٠٥ .

الولد دين أبيه وافتك ماله المرهون في هـ الدين ، لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين ، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله ، وكما لو استعار من ابن عبده ليرهنه بدين نفسه فرس ، ثم إن المغير قضى دين المستعير وافتك الرهن ، إليه يرجع بجميع ما قضى على المستعير (١) .

(٢) إذا احتلظ ملكان قضاء وقدر آ ، فمالك الأكثر يملك الاثنين معا ، ومالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر ، إلا إذا اتفقا على غير ذلك . وإن كانت قيمة الشئين سواء ، يباع عليهما ، ويقسمان الشئ (٢) .

(٣) إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فالتفد باطل ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى (٣) .

الفصل الثاني :

والفصولى متبرع كما قدمنا ، إذ هو . يكن مضطرا إلى العمل لدى قام به ، ولا يرجع شئ على رب العمل ، فهو كال لامين العائى مال في يد أحبي . فأنفق الأخنبي على أبوى العائى بغير إذن القاضى ضمن ، وإذا ضمن لا يرجع على لهاض (٤) . والمدبون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين ، ولا يرجع بما أنفق على من أنفق عليه (٥) . ولو قضى دين غيره بغير أمره حار ، ولو انتقص ذلك توجه من أوجوه يعود إلى ملك القاضى لأنه تنوع بقضاء الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين وعليه للقاضى مثلها (٦) .

(١) البدائع جزء ٦ ص ١٣٦ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٤٤٨ . عرشد العرسان ٢١٨ م . وبلاحظ أن الزيادة المتصلة

بالفصول وجمل الأبى يرجع بهما دون أن يحق الاستمرار في هاتين الحالين .

(٤) مجمع الضمانات ص ٤٥٠ .

(٥) مجمع الضمانات ص ٤٤٩ .

(٦) مجمع الضمانات ص ٤٤٨ - ٤٤٩ .

(هـ) القانون

الالتزامات مصدرها الشرع :

وهناك التزامات في الفقه الإسلامي مصدرها المباشر هو الشرع ، كالاتزام بالفقه ، والتراتم الولى والوصى والقربى ومن إليهم .

نأثر الفقهاء المحمديين بالفقه المغربي :

وأيضا فيما قدمناه أن مصادر الالتزام في الفقه العربي لها مايقابلها في الفقه الإسلامي . ولكن ذلك ليس معناه أن الفقه الإسلامي يرتب مصادر الالتزام على النحو الذى بيانه . فالإلتزام بالمعنى المفهوم في الفقه العربي ليس معروفا في الفقه الإسلامي كما سبق لقول . ولو اقتصرنا على الدين ، وأردنا استقصاء مصادره دون أن ننأثر بترتيب مصادر الالتزام في الفقه العربي ، وكانت هذه هى العقد (ويدخل ضمنه الإرادة المنفردة إذ الفقه الإسلامي لا يعبر تسمية واصحا بينها وبين العقد) وخيانة على النفس (مثله في الدية والأرض وحكومة العدل) والإتلاف والعصب والسرقة وقطع لطريق والإكراه والتغير وودفع غير المستحق ووقائع أخرى مختصة نص عليها الشرع .

ولكن الفقهاء المحدثين ، متأثرين كثيرا بالفقه العربي ، يتحون نحو هذا الفقه في ترتيب مصادر الالتزام . من ذلك ماقرره الأستاذ أحمد إبراهيم (١) من أن مصادر الالتزام : إما عمل يباشره الإنسان احتياجه بوجبه حقا على نفسه لغيره وبقره الشرع عليه ، فيجب عليه "وفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع ، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع . جاء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهي ، أو ترتيبا على فعل صدر عن الإنسان يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أى إلتزام عليه ، لكن الشرع هو الذى يرتب الإلتزام

عليه . وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائماً لعيره شرعاً . فالأول يتناول العقد والإرادة المفردة . . . والثاني يتناول شيتين ، أولهما ما أوجب الشرع مباشرة كمشقات الألفاظ . وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلاً صاراً يصير به الفاعل ملزماً بتعويض الضرر . أو فعلاً نافعاً لعيره يصير به الإنسان دائماً لذلك العير بذلك الفعل شرعاً . وعلى هذا تكون مصادر الالتزام إما إختيارية وإلزامية . والاختيارية تشمل لعقد والإرادة المنفردة . والختيرية يدرج فيها الفعل الضار الذي به يكون الفاعل مدنياً شرعاً ملزماً لحق به الضرر ، وإما أن يصح ما ألتفه ويبيده إلى حالته الأولى ، وإما أن يضمه بالمثل أو بالقيمة ، والفعل النافع الذي به يكون الإنسان دائماً لعيره وهو المعلوم له في كتب الفقه القانوني بالإثراء على حساب الغير ، وما يقتضي به القانون الشرعي انتهاء على ما أسلفناه . ومن بقى هذه السطور يحيل إليه أنه يقرأ كتاباً في الفقه العربي لأصله له ، لفقه الإسلامي . وقد يكون من الخير ألا نأثر إلى هذا الحد البعيد بترتيب مصادر الالتزام في الفقه العربي ، وأن يبقى هذه المصادر في الفقه الإسلامي متممة على النحو الذي أسلفناه ، حتى نعود إلى توصيلها هي ومصادر الحق العيني ، فردها إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية .

(ثانياً) مصادر الحق العيني

ترتيب البحث :

مهمتنا في حصر مصادر الحق العيني أيسر بكثير منها في حصر الحق الشخصي . فقد قدمنا أن الحق العيني في الفقه الإسلامي أكثر بروزاً وأوضح ذاتية من الحق لشخصي . والحقوقي العينية في الفقه الإسلامي هي كما ذكرنا محددة على سبيل الحصر . وقد عرفنا أنها حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الحبس .

وقد حصرت مصادر كل صنف من هذه الحقوق في كتب الفقه الإسلامي، وخاصة في كتب الفقهاء المحدثين، فسنل عنهم.

أولاً: أسباب الميث، وهذه هي مصادر حق الميث التماس وحق المنفعة وحق الرقبة.

ثانياً: أسباب احقرق محرقة، وهذه هي مصادر حقوق لارتفاق.

ثالثاً: أسباب الرهن والخس، وهذه هي مصادر الحقيق.

وواصل بعد ذلك هذه المصادر هي ومصادر الحق لشخص جميعاً، فزدها إلى مصدرين، التصرف التقديري ولقطة القابلية.

أسباب الملك :

حصرها صاحب المرشد الخيران في المادة ٧٢ على الوجه الآتي، أسباب الملك هي العقود الموقعة لقل أمين من ميث، أي آخر كبيع أو هبة أو وصية، والميراث ووضع اليد على الشيء المباح الذي لا مال له، والشفعة، وينتج من هذه النص أن مصادر احقرق العينية الأصلية باستثناء حقوق الارتفاق خمسة :

(١) العقد كالباع والهبة.

(٢) الإيداع المستفدة وهي هنا الوصية. (٣) الميراث.

(٤) وضع اليد على الشيء المباح الذي لا مال له ويسمى في الفقه العربي الأسبلاء. (٥) الشفعة.

وهذه هي نفس مصادر احقرق العينية الأصلية في الفقه العربي يقتضاها مصدران : الالتصاق والحياة. أما الالتصاق فقواعده موجودة في لفقه الإسلامي، وهي منتثرة في جوابه بعورها التحميم. وسجارة كذلك شأن كبير في الفقه الإسلامي، فالقبض سبب لذلك في الهبة، وهناك قواعد إجرائية في المرافعات الشرعية تحمي صاحب اسم من الخارج بما يقتضي إلى جعل اليد عنوان الملك. ثم إن عدم سماع الدعوى لمزور الرمان وهو ما سعه في الفقه العربي بالتقدم، قد عرفه الفقه الإسلامي في عصوره المتأخرة

أسباب الحقوق المجاورة أو حقوق الارتفاق :

فدعنا أن حقوق الارتفاق هي الشرب والمحرم والمسيب والمروء والنعي والحوار وهي جميعاً تابعة للعقد المرتفق بتقنين معه . وبذلك تكون أسباب كسبها تبعاً للعقد المرتفق هي نفس الأسباب التي يكسب بها هذا العقد ، أي نفس أسباب الملك التي تقدم ذكرها .

وفى تكسب هذه ، الإذن والعقد والوصية والقدر ، شراء لعن في حق التعليل والمجاورة في حق الحوار .

أما الإذن ويكون سماح مالك العقار لمرفق به بذلك سداً لحره استعمال حق من حقوق الارتفاق : شرب أو محرم أو مسيب أو مروء . ويكون ذلك موقوفاً على إرادته ، يجوز لصاحبه الرجوع فيه لصدوره على وجه التبرع ، وبقي على كل حال بموت الأذن .

وأما العقد وكسب التملك يشترى مثلاً صاحب الأرض لمرفقة حق الأرض من صاحب الأرض المرتفق بها . ومن "بيع العقود" التي من شأنها نقل الملكية كالمطبة^(١) .

والوصية كالعهد يثبت بها حق الارتفاق . فيصح أن يوصي مالك عقار ذلك عقراً آخر بحق ارتفاق له على عقاره ، يثبت له بعد موته ، وينفذ في الثلث من التركة . ولقد كما يقول الأستاذ على الحفيظ^(٢) : " ليس منشأ الحق ، وإنما نشأ

(١) ويقول الأستاذ محمد أبو غرة في هذا الصدد ما يأتي : " لا قد انقضى الغطاء على جوار بيع رقبه اسرب والطريق والسم ، لأن رقبه الشرب والطريق عقار معين محدود معروف القدر لا جهانه فيه ولا غرر ، فعازد به بما صححوا عوفاً الأركان والشروط . وأما المسيل فلا يجوز بيع رقبه إذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين بالجهانة والضرر ، وأما إذا عين مقداره وعرف حدوده فجوز بيعه في هذه الحال لأنه منع معلوم القدر محدود بالجهات فلا مانع من بيعه . ومثل البيع في هذا كله العقود التي من شأنها نقل الملكية كالمطبة والوصية ، لأن التصرفات الواردة على الرقبه لا تصح إلا في عقار معلوم ملكاً خاصاً محدود معلوم القدر " (التلخيص ونظريات العقد ص ٩٤) .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٧ .

الحق عن سب مجهول كإذن أو صلح مثلا ، ولكن أطول العهد تنويسي السب وبقى الأثر معروفا مقرر ادون أن يعرف له مبدأ ، فيحافظ عليه لقدمه وتقرره ، والقديم يبقى على حاله لأن الظاهر أنه إنما كان لسب صحيح ، ما لم يظهر أنه لسب باطل ویرال حيثئذ . وبناء على ذلك إذا عرفت سب نشأته كان مقاؤه رهن صحة سبه . وإلا حكم بطلانه .

وشراء العلو في حق التعلي ليس إلا عمدا . وهو عقد بيع ، يكسب به صاحب العلو حق التعلي على السفن حتى لو انهدم العلو بقي الحق وأعاد صاحب العلو علوه ، ولو انهدم السفن كان لصاحب العلو إعادة ساء السفن ليتمكن من إعادة ساء علوه ويرجع على صاحب السفن كما مر . وكالبيع الأجرة ، فإذا أجر صاحب الدار علوها كان للمستأجر حق التعلي مادام يدفع أجر المثل^(١) . وحق الحوار يثبت بالحوار ذاته ، أي أن يكون العقار مجاورا لعقار آخر ، فيثبت لكل عقار حق ارتفاق على العقار الآخر ألا يضر بحاره ضرا فاحشا على النحو الذي يبناء فيما تقدم^(٢) .

أسباب الرهن والهبة .

وهذه هي الحقوق العينية التبعية . أما الرهن فصدره العقد ، وهو عقد الرهن . ويعقد بالإيجاب والقبول من الراهن والمرتهن . وقيل يتم بالإيجاب من لراهن لأنه عقد تبرع . والصحيح أنه لا يتم إلا بالإيجاب والقبول لأن في الرهن معنى المعاوضة حيث يصير المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن في يده ، فيتوقف تمامه على قبول المرتهن . ولا يلزم الرهن إلا بالتقبض عند جمهور الفقهاء .

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية للاستاد على الخفيف ص ٢٨ .

(٢) وكسب حقوق الارتفاق ابتداء ليس معناه كسبها منفردة ، فهي تكسب ابتداء — أي

نشأ لأول مرة — ولكنها مع ذلك تكون مانعة للعقار المرهق . . . أما ما بحثه الاستاذ محمد

أبو رهرة في كتابه « الملكية ونظرية العقد » (ص ٩٥ — ص ٩٦) من جواز بيع حق الشرب

وحق الطريق منفردين ، أي غير تابعين لعقار مرهق ، فهذا لا يكون حق ارتفاق .

وقد علما أن لحق الحبس مصدرين :

(١) العقد ، وهو البيع في حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، والإيجار في حبس المأجور لاسترداد ما عجل من الأجرة ، وفي حبس العين التي لعمل الأجير المشترك فيها أثر لاستيفاء الأجرة ، والوديعة في حبس العين المودعة لاسترداد ما أُنفق في حفظها بإذن القاضى ، والوكالة في حبس الوكيل المال الذي اشتراه لموكله لاستيفاء ما دفعه فيه من الثمن .

(٢) الشرع في حبس العبد الآبق لاستيفاء ما يستحق على مالكة ، وفي حبس اللقطة لاستيفاء ما أذن فيه القاضى من الإنفاق عليها ، وفي حبس المعصوب لاستيفاء قيمة الزيادة المنصلة .



تأصيل مصادر الحبس الشخصي والحبس العيني وردها جميعها إلى التصرف

القانونى والواقعة القانونية :

الفقه الفرنسى : ونقتصر هنا على الفقه الفرنسى . هذا الفقه لم يوفق حتى

اليوم إلى وصحح نظرية شاملة لتصرف القانونى والواقعة القانونية (acte juridique et fait juridique) ليرد إليهما مصادر الحقوق جميعا .

وعرف كلاما من التصرف القانونى والواقعة القانونية تعريفاً مبدئياً .
فالتصرف القانونى هو : أداة محصة تنجبه إلى إحداث أثر قانونى معين يرتبه القانون ، مثل ذلك البيع والوصية . والواقعة القانونية هي عمل مادى ، يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره . ويرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً .
مثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيلة ، ومثل الواقعة غير الاختيارية ، الميلاد والموت .

وكان الفقه الفرنسى المدرسى ينحون نحو بوتيه (Pothier) في تقسيم مصادر

الالتزام إلى خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون وكان
هــ (١) التقسيم ينطوي على عيبين جوهريين :

(١) العيب الأول أنه يخلط ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية .
فهو يجعل شبه العقد مبدأ على إرادة وهمية ثم على إرادة مفروضة . ويحاط
بينه وبين العقد ، مع أن شبه العقد هو عمل مادي أي واقعة قانونية لا دخل
للإرادة فيها . في الفضالة يلتزم كل من الفصولي ورب العمل بمقتضى عمل مادي .
هو قيام لمضولي بشأن عاجل رب العمل ، فيترتب الفصولي بالمضى فيما قام به
حتى يتمكن رب العمل من مباشرته نفسه ، ويلتزم رب العمل به ما أثرى به
على حساب الفصولي . وفي دفع عيـهـ لمحق يلتزم القاص رد ما قصه دون
حق ومصدر التزامه عمل مادي . هو دفع عيـهـ من حدود وفي الإثراء
بلا سبب بوجه عيـهـ بترتب أثرى به . أثرى به على حساب المفقير ومصدر
التزامه هذا أيضا عمل مادي . هو الواقعة التي كانت سببا في إثـهـ المدين
وافقار الدائن .

(٢) والعيب الثاني أن تقسيم المندرجين لمصادر الالتزام كان من شأنه أن
يطمس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية من وجهين .

(١) فصله بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ، مع أن مصادر
الحقين واحدة ، وترتـهـ جميعا إلى تصرف القانوني والواقعة القانونية .
(ب) يجعل القانون مصدر أمـهـ ثلاثـهـ . حال القبول دون الكشف
عن الواقعة القانونية التي تخفى وراءه وهي التي ثبت عليها الالتزام .

ثم جاء الفقه الفرنسي الحديث ، فهدم تقسيم المندرجين لمصادر الالتزام ،
وأحل محله تقسيما حماسيا آخر ، إذ جعل مصادر الالتزام خمسة : العقد
والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وهذا
التقسيم الحديث ينطوي هو أيضا على عيبين جوهريين :

(١) العيب الأول أنه يحجب وحدة التصرف القانوني ، إذ يفرق بين العقد

والارادة المنفردة في مصادر الالتزام ، ثم شكر على العقد أن يكون بذاته سببا لنقل الملكية فيقتصره على أن يشترط التزاما بنقلها ، وبذلك لا يعدو العقد أن يكون مصدرا للالتزام .

(٢) والعيب الثاني أنه يجب حدة الواقعة القانونية ، فالوقائع القانونية منتثرة بين مصادر الالتزام ومصادر الحق المعنى على سبيل ما شأنه أن يفرق هذه الوحدة من سبب في مصادر الالتزام العمل غير المشروع والآراء بلا سبب وأقايين بما يعتمد من وقائع قانونية محددة ، ثم يستعرض في مصادر الحق المعنى الاستيلاء والميراث ، الانتصاف والشفعة والحبارة ، لا يستطيع أن يدرك أن هذه المصادر جميعا إنما هي مصدر واحد من هذه الواقعة القانونية .

الفقه الاسلامي . ويمكن في الفقه الاسلامي رد مصادر الحق الشخصية والحق المعنى إلى مصدرين اثنين ، من التصرف القانوني والواقعة القانونية على النحو الذي رأينا فيما تقدم .

بل إن الفقه الاسلامي أكثر مطاوعة لهذا التفسير السابق من الفقه الفرنسي ، وذلك لسببين :

(السبب الأول) أنه لا يجب وحدة التصرف القانوني بالقدر الذي يجتهد الفقه الفرنسي . فهو من ناحية لا يفصل بين العقد والارادة منه دة فصلا حادا كما يفعل الفقه الفرنسي . من كسيرا ما يقع الخلاف فيما إذا كان تصرف معين يتم بالإيجاب والقبول أو يتم بالإيجاب وحده ويبقى التصرف موصوفا بأنه عقد في الحالتين . وهو من ناحية أخرى يجعل العقد مصدرا للالتزام ، ثم يجعله ينقل بذاته الملكية ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقلها .

(والسبب الثاني) أنه وإن كان قد نثر الوقائع القانونية منتثرة بين مصادر الحق الشخصية ومصادر الحق المعنى ، إلا أنه لم ييؤب هذه الوقائع تبويبا يعزل

بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسي . فلا تستعصى هذه الوقائع على تبويب شامل يردّها جميعاً إلى الواقعة القانونية . وليس يوحد في الفقه الإسلامي تبويبات أخرى تتعارض مع هذا التبويب .

وستعرض من الآن . في ضوء ما تقدم . مصادر الحق الشخصي والحق العيني كما نسطهاها في الفقه الإسلامي ليردّها جميعاً إلى هذين المصدرين : التصرف القانوني والواقعة القانونية . وهذا الاستعراض يؤدي بنا إلى النتيجة الآتية :

بعض تصرفات قانونية :

(أ) من مصادر الحق الشخصي : العقد والإرادة المنفردة .
 (ب) ومن مصادر الحق العيني . العقد والوصية بالنسبة إلى أسباب الملك ، والإذن والعقد : الوصية بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ، والعقد بالنسبة إلى الحقوق لعبودية التعبدية فلا يعدو التصرف القانوني إذن أن يكون عقداً أو إرادة منفردة . فهو في الفقه الإسلامي كما هو في الفقه العربي إرادة محصة تنجّه لإحداث أثر قانوني معين برئته القانون . وسرى عند الكلام في العقد أن حكم لقاضي في الفقه الإسلامي يحل محل لإرادة في بعض التصرفات .

وبعض واقعة قانونية

(أ) من مصادر الحق الشخصي : الحناية على النفس ولسرة وقطع الطريق والإكراه والتعريض والإبلاى والعصب ودفع غير المستحق والإثراء بلا سبب في بعض تطبيقاته والقراءة .

(ب) ومن مصادر الحق العيني . الميراث ووضع اليد على الشيء المباح ولشفعة والالتصاق والقبض (الحيازة) بالنسبة إلى أسباب الملك ، والقدم والحوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ، ورد العبد الآبق والإيفاق على النقطة بإذن القاضي واستحداث زيادة متصلة في المنصوب بالنسبة إلى الحقوق العينية

التبعية . وكل هذه الوقائع ، على نوعها ، أعمال مادية ، بعضها اختياري وبعضها غير اختياري ، يرتب عليها القانون إنشاء حق شخصي أو كسب حق عيني .



والذي ينتهي إليه من كل تقدم ، أن مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه العربي ، لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين . التصرف القانوني والواقعة القانونية^(١) . فنتناول كلا منهما بالبحث التفصيلي ، ونبدأ بالتصرف القانوني .

(١) وما يحتمل المير بين التصرف القانوني والواقعة القانونية مميّزا مميّلا في الفقه الإسلامي . إن الفقهاء يعمرون في كثير من المناسبات بين التصرفات القولية (وهذه هي التصرفات القانونية) والتصرفات العملية (وهذه هي الوقائع القانونية) . كما يميرون بين ضمان العقد (وهذه هي المسؤولية العقدية) و ضمان القفل (وهذه هي المسؤولية غير العقدية) .

القيم الأول

التصرف القانوني

في

الفقه الإسلامي

ترتيب البحث

التصرف القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة . وكل ما نقرره من قواعد في العقد ينطبق على الإرادة المنفردة ، إلا ما تقتضيه طبيعة الإرادة المنفردة من أنها إرادة واحدة لا إرادتان متطابقتان . فنقتصر بحثنا إذن على العقد ، وبخاصة أن الفقه الإسلامي كما قدمنا لا يعلق الأهمية التي يعلقها الفقه الغربي على التمييز ما بين العقد والإرادة المنفردة .

ونعهد للبحث بتعريف العقد وتحديد تقسيماته . ثم نبحث في الباب الأول أركان العقد ، وفي الباب الثاني آثاره ، وفي الباب الثالث انحلاله .

نمجد

تعريف العقد وتقسيماته

- ١ -

تعريف العقد

أمر بملاحظة نستخلص من التعريف :

فقدنا أن صاحب المرشد الخيران عرف العقد في المادة ٢٦٢ على الوجه الآتي :

والعقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه .

وبستخلص من هذا التعريف أمور ثلاثة :

(أولا) أن العقد ، من حيث أنه يقوم على الإرادة ، يدخل في عموم التصرف القانوني . (ثانيا) وأنه يتخصص ، بين التصرفات القانونية ، بقيامه على إرادتين متطابقتين لا على إرادة منفردة . (ثالثا) وأن تعريف العقد على الوجه المتقدم ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي .

(أولا) العقد يدخل في عموم التصرف القانوني : التصرف القانوني إرادة محضة أو تعبير عن الإرادة كما قدمنا . وكذلك العقد الذي هو فرع عن التصرف القانوني . ولا يحتلظ العقد ، وهو إرادة محضة ، بعمل مادي ، إلا إذا كان هذا العمل هو الشكل الواجب في بعض العقود ، أو ما يقرن به من القبض في عقود أخرى ، أو المظهر المادي للتعبير عن الإرادة في جميع العقود

وكل هذا يتفق مع نظرية التصرف القانوني في الفقه الحديث .
 (ثانياً) : العقد إذن منطوقان لإرادة منفردة : العقد بحسب التعريف
 المتقدم ارتباط إيجاب بغيره . فهو إذن إرادتان مترابطتان متطابقتان وليس
 إرادة واحدة . ويخلص لنا من ذلك فيجتاز منطقتان :

١ . أن كل إرادتين متطابقتين عقد .

٢ . وأن الإرادة المنفردة ليست عقد .

على أن هاتين النقطتين - بخلصنا في الفقه الإسلامي إلا بعد جهد - بل من
 النتيجة النابتة - تخلص حوضاً تاماً .

أما كل إرادتين متطابقتين عقد . فقد كاثرت فكرة بدائية تعترض
 هذه القاعدة . ونقصي أن التصرف الذي يتم بغيره بمجرد انعقاده بحيث
 لا يتحتم عنه أثر لا يكون عقداً . وبما للعقد هو الذي يرتب أثراً يبقى مدة
 من الزمن قبل أن يتم بغيره . ومن ثم لا يكون مع التعااض - وهو البيع
 الذي يتم بنقص المشتري المبيع وقص الدافع الثمن في الحال - عقداً لأنه قد
 تم بغيره بمجرد انعقاده ولا يتحتم عنه أثر باق . ويقول سعدى حلي ، أحد
 فقهاء الشيعة . في هذا المعنى ما يأتي : « العقد قول يكون له حكم المستقبل ،
 فلا عقد في صورة التعااض » (١) . ويقول الشيرازي أحد فقهاء الشافعية .
 « فأما المعاوضة فلا يتعقد بها البيع » (٢) . ويقول العاملي أحد فقهاء الشيعة :
 « المعاوضة في البويع والاعاريات وبحرها ليست من العقود قطعا ، لأنها إماحة
 محضة لا يشترط فيها شيء من شروط البيع ، لا كما توهمه الشهيد » (٣) . ولكن
 هذه الفكرة البدائية لم تسد في الفقه الإسلامي ، وفقهاء الحنفية عامة يحيدون
 العقد بالتعااض . وسنعود إلى مع التعااض تفصيل أوسع عند الكلام
 في صيغة العقد .

وأما أن الإرادة المنفردة ليست عقد ، فهذه قاعدة - يمكن حطها من التحريم

(١) حاشية سعدى حلي على شرح القامه على الهداية جزء ٥ ص ١٧٢ .

(٢) المهذب للشيرازي جزء أول ص ٢٥٧ .

(٣) معارج الكرامة للعاملي جزء ١ ص ٢ . وسر الاسناد لسبق سحنه في كتابه الطرية

القامه للترغيبات في اشريعة الإسلام « (جزء أول ص ١٢٤) التي هي القامه .

حظ القاعدة الأولى كما أسلفنا القول . يوحد حقاً فريق من الفقهاء يترجمها في كثير من الدقة ، من ذلك ما يقوله المدسوقي أحد فقهاء المالكية . والعقود هي ما توقف على إيجاب وقبول . وأما غيرها من تطلق وما بعده فهي إحرافات ولا توقف على إيجاب وقبول ، (١) . ويقول النجفي أحد فقهاء الشيعة : والعقد شرعاً قول من المماقدين أو قول من أحدهما وفعل من الآخر وثب الشارع الأثر المقصود عليه . وتعريف الأولى (العقود) بأنها المشتبهة على الإيجاب والقبول أو أنها المشتبهة على رضا الطرفين أو بأنها المتضمنة لقصد من الجانبين . وتعريف الثانية (الابتهات) بأنها الإيجابيات أو بأنها قصد من جانب واحد أو أنها رضا (٢) . وجاء في تفسير الألوسي . وأصل العقد الرابطة محكمية ، ثم تحول به من العهد الموثق . وفرق الطوسي بين العقد والعهد بأن لعقد فيه من الاستتباب والشد ولا يكون إلا بين اثنين ، ولعهد قد يفرد به واحد ، (٣) . ولكن هذا التحري في تمييز العقد عن الإرادة المنفردة لم يبح عامة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على كل من الاثنين دون تمييز بينهما ، وعممون اللفظ يشمل كل تصرف ، استبد به واحد أو شارك فيه أكثر من واحد ، كالمؤمن في عقد الوصية . وباقشون من عقود الهبة والمارية والقرض والكفالة والزهر من تعقد بإيجاب وقبول أم تعقد بالإيجاب وحده . وعند ما يعبرون بين ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح ، وما تدخله الشرط للعائده وما لا يدخله . يتناولون كل تصرفات دون تمييز بين عقد وإرادة مفردة ، فيذكرون لطلاق والعق والابراء والوقف كما يذكرون البيع والاجارة والقسمة والتكاح والخلع (٤)

(١) المسووي على الشرح الكبير .

(٢) المحقق في العقود ص ٢ .

(٣) تفسير الألوسي ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٤) وخرى بعض الفقهاء الحديث مجازي . فنعلم الأستاذ أحمد إبراهيم ، في كتابه

" المعاملات الشرعية المالية " (ص ٨١ هامش رقم ١ و ٢) أن عقود التي عنده مجموعات هي .

١ . المضاربات ويسرج فيها جميع أنواع المبادلات . سواء كانت مالا بمال كالباع ، أم مالا

بمصلحة كالإيجارات ، أم مالا بغير مال ولا مصلحة كالزواج والخلع . فالله ليس ركناً في عقد

الزواج بل هو من أحكامه ، وبدل الخلع لاحتل أن يملك الزوجه عصمتها وتخص من فيد

على أن هناك طائفة من التصرفات في الفقه الاسلامي تتم بالتراضي أي بإيجاب وقبول ، ولكن إذا امتنع من وجه إليه الإيجاب عن القبول حل القاضي محله في ذلك ، فيتم التصرف إما بالتراضي أو بالتقاضي . من ذلك الرجوع في الهبة ، يتم بتراضي الواهب والموهوب له ، أو بإرادة الواهب الصبي .

الروحه (٢) البرعات كالهبه والوصة والإعارة والإبراء من الدين والمخاءة في البيع والشراء والكفالة والحوالة في بعض صورها (٣) ما يكون سرياً أساء ومعاوضة أساء كالإفراض والكفالة سمر المكول عنه والحوالة في بعض صورها (٤) الاستعاضة كالوفد والطلاق والصلح والإبراء من الدين وسليم الشفعة بعد نمونها (٥) الاطلاقات كالإمارة والقضاء والوكالة والفسارة والطلاق والصلح والابضاء والأذن للعصى بالخزانه (٦) العتبات كعزل الوكيل والحرر على الصبي .

وهذه جملة من التصرفات تدل على أن الفقه الاسلامي يوافق في نظريه التصرف القانوني أحدث المذاهب الفقهية العربية ، فمن هذه التصرفات ما هو عقد ، ومنها ما هو إرادة منفردة ، ومنها ما هو قرار إداري ، ومنها ما هو حكم قضائي .

ونافس الأساذ أحمد إبراهيم ، في مقال له في العقود والشروط والخيارات (مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ص ٦٢٢ - ص ٦٤٥) المسألة على الوجه الآتي . « فهل سمي هذه التصرفات التي تتم بالإيجاب وعنده من أفعال وطلاق وإبراء وبحوها عقوداً أو لا تسمى بذلك ؟ لا شك في أنها عقود بالمعنى الإجماع للعقد ، إذ هي أمور وقعت في نفس الملتزم أولاً وعقد عليها بية وعزم عليها عزمياً أكداً ، ثم أبلت عنها باللفظ أو بما يعوم مقامه . والى يكون للعقد معنى عام ساوّل جميع التصرفات والالتزامات التي ترتب عليها آثار شرعية وقد تتم بإرادته واحدة أو بآثار ، ومعنى خاص فاصر على مالا يسم به العقد إلا بإيجاب وقبول كما في عقود المعاوضات ، وهي في الحقيقة التزامات معلقة على التزامات أخرى ومتوقفة على وجودها وتحققها ، فالالتزام فيها حاصل من الطرفين ، كل يلزم الآخر بما ألزم به نفسه . » على أن بعضاً آخر من الفقهاء المحدثين ، ولعله تأثر في ذلك بالفقه العربي ، يحرص على التمييز ما بين العقد والإرادة المنفردة ، من هؤلاء الأساذ على الخفيف ، قال في كتابه « أحكام المعاملات الشرعية » (ص ١٢٨) . « ومن هنا سيجب أن الماط في وجود العقد على وجه الاجمال هو النفعي من وجود إرادتي العاقدتين وبواقعهما على أشياء التزم بينهما بما تدل على ذلك من عبارته أو كتابته أو إشارته أو فعل ... وعلى ذلك فالعقد عند الفقهاء لا يكون إلا بين طرفين ولا يكون بين طرف واحد . وإذا كان من طرف واحد لم يكن عقداً وإنما يسمى التزاماً أو تعهداً ، وقد سمي عقداً تسمية لغوية . فالوقوف على هذا يسر العقد لأنه يتم في المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر ، وكذلك الطلاق المحرر عن المال ليس عقداً ، وكذلك التصق والسايل عن الحقوق كالسائل عن حق السعنة والسائل عن حق المرور أو حق المسفل أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه ، كل ذلك لا يسمى عقداً وإنما يسمى تعهداً أو التزاماً من طرف واحد أو كان ملزماً ، فإن لم يكن ملزماً كان وعداً كان بقول لك صديق سأقرضك عشرين جنيهاً مثلاً (انظر أيضاً الأساذ محمد يوسف موسى في الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣) .

مقترة بحكم القضاء ومن ذلك الأخذ بالشفعة يكون تراضى الشفيع والمشتري أو بإرادة لشفيع وحكم القاضي ، ومن ذلك نفقة الزوجة ، لا تصح ديناً صحيحاً إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي ، ومن ذلك نفقة الأقارب ، لا تصح ديناً صحيحاً إلا بالتراضي أو بالقاضي مع الإذن في الاستدانة ثم الاستدانة وملا . وبيع مال المدين جبراً عنه يحل فيه قضاء القاضي بحسب إرادة المدين (١) . وهناك تصرفات تتم بإرادة منفردة ولكنها ترد بالرد . كالإبراء والوصية . فالتدرج ملحوظ في الفقه الإسلامي بين الإرادتين المتطابقتين . ثم الإرادتين المتينتين قد يحل إحداهما قضاء القاضي ، ثم الإرادة المنفردة التي ترد بالرد . ثم الإرادة المنفردة لخصه . هذه كلها تصرفات ينزعول بعضها عن بعض أعمالاً ، مع تدرج هو غاية الإبداع في الصناعة الفقهية .

(ثالثاً) تعريف العقد يتم عن الرعة الموضوعية التي تسود لفقه الإسلامى :

تعريف العقد أى تسميه عن مرشد الخيران يتم عن الرعة الموضوعية التي تسود لفقه الإسلامى دون الرعة بدائية (٢) . فاعقده هو ارتضاء الإيجاب بالقول ، لا من حيث أنه مسمى الزامات شخصية في حاشية المتعاقدين وهذا هو المدعى الدار في الرعة البدائية (٣) . بل من حيث أنه يثبت أثره في العقود عليه أى يعبر المحل من حاشية إلى حاشية ، وهنا يبرز الرعة الموضوعية التي أشرنا إليها (٤) . وسنرى أن هذه الرعة الموضوعية التي سادت الفقه

(١) وكذلك تسميته تكون بتراضى أو بالتدليس . وشرب ذلك مما استلزمه عن المهرل المستثنى من الرخصة والحق . أما الرجوع بالفقه إلى أن فيها مفاضة في اللفظ وأبو دعه وبعض حوال الاتراء فلا سبب فيختلف عما تقدم في أن مصدر الالتزام لها واقع قانونه لا تصرف قانونى .

(٢) وأسرعة الموضوعية هي أسس تسود أيضاً الفقه الألمانى واقعته الإنجليزية ، بخلاف الفقه الألمانى المسمى في القانون الرومانى فإن الرعة البدائية هي التي تسود .

(٣) وعلى هذا جرى تعريف العقد في القوانين الألمانية .

(٤) ويشير الأستاذ شفيق سحابة إلى هذا المعنى في كتابه « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » ص ١٢٢ - ١٢٤ ، فيقول : « وإذا رجعا إلى التعريف اشتمل في كتب الفقه لا سيما من العقد مصدر من مصادر الالتزامات . فليس التعريف على أنه موافق لأرادتين مسمى للالتزامات ، بل على أنه توافق إرادتين يظهر أثره في العقود عليه ، أى يؤدى

الإسلامي له أثر كبير في مدته، لأساسة وفي تفصيلات أحكامه، وهي التي
حمدته بأحد بالارادة الصاهرة دون الارادة الخاصة (١).

- ٢ -

تقسيمات العقد

المفرد المذكورة في كتب الفقه الإسلامي.

صنع فقهاء الشريعة الإسلامية تقسيمات للعقد في ذاته، من تناولوا عقود
أسموها عقدا عقدا وم راعوا في رسمها فكرة معينة أو صلة ظاهرة بين مقدم
ومتأخر. وكفى أن يورد على سبيل مثال كتابه فيها يعتبر من أبرز كتب
الفقه الإسلامي، وهو كتاب الدائع مكتسب في الفقه الحنفي، نراه قد
تكلم في العقود على ترتيب لاني

- (١) لأجرة. (٢) استصناع. (٣) بيع. (٤) كدالة.
(٥) الحوالة. (٦) وكالة. (٧) الصلح. (٨) شركة. (٩) المضاربة.
(١٠) إضاعة. (١١) هبة. (١٢) الرقعة. (١٣) المعامدة (المساقاة).
١٤١ أوديعة. (١٥) عارية. ١٦ القسمة. ١٧١ لوصايا (١٨) القرص

إلى تحرير من كان أبي حاز. ويعرفه بهذه التسمية من آثار أسرة التسمية
أو المدة، في لغة الإسلام. وهذه أسرة جعلت انتهاء بطونها إلى استائج الأخرى
للعقد، وسحابون استائج الإبي لأبعاد العقد. وكثيرا ما سمى هذا اسمرق، اسمرق
الذي أورده بولوك للعقد في الفقه الإنكليزي *.

(١) وقد حازي البعض المسمى اسمرق الجديد الفقه الإسلامي في تعريفه للعقد. فخصه
المادة ٧٣ من هذا المسمى على أن العقد هو أرباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقول
أحرر على وجه يشهد به في العقود عليه. " ومن يعرف المسمى المسمى المصري ولا المسمى
المسمى السوري انعقد بخسبا لتعريفات انتهت. " ما يخص الإلزامات والعقود للمسمى فقد
حرى على جهة اتعوان التأسيس وبرعها استحصته في تعريفه للاتفاق والعقد، فصلى
أقامه ١٦٥ على أن الاتفاق هو كل توافق إرادتي يعصده به أحداث آثار قانونية، فإذا كان
الاتفاق يرمي إلى إنشاء روابط مقررة سمي بالعقد ".

(أنظر أيضا المذكورة الإصحاح لبروع الفتى المذكورة في المصري وما ورد فيها بصلد
تعريف العقد) .

ورداً وفقاً لهذه العقود التي أوردتها الشكاسات ، كان علينا أن نجيب على سؤالين :

(السؤال الأول) كيف يرتب هذه العقود ترتيباً منطقياً تدفعه في برادها عقداً بعد عقد .

(والسؤال الثاني) ألا يوجد في لفقه الاسلام عقود أخرى غير هذه العقود ؟ وبوجه عام هل عرف الفقه الاسلامي مدأ حرية التعاقد ، ويجوز بالإيجاب وقبول ، التعاقد على أي أمر لا يخالف النص الصريح ولا الآداب ؟

الترتيب المنطقي للعقود :

للمفهاء في هذا الصدد تقسيمات معددة يقفون في كل قسم منها عند اعتبار معين .

فأما يقفون عند اعتبار نوعين وحيدتين ، فقسّموا العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وعقود هي تبرع ابتداءً ومعاوضة تنهياً ، ويدخل في عقود المعاوضة الإجارة والاستصناع والتبضع وشركة والمصارعة والمرارعة والمسافاة والمضاربة . ويدخل في عقود تبرع أهبة والعارية والوديعة . ويدخل في عقود التبرع ابتداءً ومعاوضة تنهياً التكملة والحوالة والوكالة والرهن والقرض^(١) .

وأما يقفون تقسيمات أخرى كأودائع ، توكيلة وعارية ولاهن ولشركة (والوكالات) (وكالة وشركة والمصارعة) وتوثيقات (لكفالة والحوالة والرهن) .

وأخيراً قد يقفون عند البحث على العقد . وهذا في نظرنا غير

(١) ومن المفهاء من يفسر أن هذا التقسيم أنواعاً أخرى من التصرفات ، هي الاستعانة والإطلاقات والتفويضات ، ويستعملون العقد بمعنى الإجماع ، أي بمعنى التصرف القانوني عندما كان أو إرادته معترفة (انظر كتاب المعاملات الشرعية المأهولة بالاسناد أحمد إبراهيم ص ٨١ هامش رقم ١ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) .

معياري للتقسيم . وقد لجأ صاحب مرشد الخيران إلى هذا المعيار كما رأينا ، فص
في المادة ٢٦٣ على أنه « يصح أن يرد العقد على الأعبان منقولة كانت أو عقاراً
لتمليكها بعرض أو بغير عوض » . ونص في المادة ٢٦٤ على أنه « يصح أن
يُرد العقد على الأعبان لحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرصاً ورد
مدلها » . ونص في المادة ٢٦٥ على أنه « يجوز وريث لعقد على منافع الأعبان
للاستمتاع بها بعرض إجارة أو بغير عوض إجارة ورد عينها لصاحبها » . ونص
في المادة ٢٦٦ على أنه « يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية
أو على خدمة معينة ^(١) »

مبدأ حرية التعافر في العقد الإسلامي :

يتى لسؤال كثر وهو الأهم : هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على
سبيل الحصر ؟

يبدو لأول وهلة أنها كذلك . ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد ،
بل نجد على التقريب من ذلك عقوداً سماها نأى عقداً بعد عهد على ترتيب
غير منطقي . ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في كتاب آخر . حتى ليطلق

(١) وقد نقل النجاشي المسمى المراهي الجديد هذا التقسيم عن مرشد الخيران ، فنص
المادة ٧٤ على أنه « يصح أن يرد العقد ١ - على الأعبان منقولة كانت أو عقاراً لملكها
بعرض سلفاً أو بغير عوض منه ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرصاً ٢ - وعلى
منافع الأعبان للاستمتاع بها بعرض إجارة أو بغير عوض إجارة ٣ - وعلى عمل معين أو على
خدمة معينة » .

أما النجاشي الساسي للإيرادات والعقود فقد رجع إلى تقسيمات الفقه العربي ، فقسم
العقود ، في المادة ١٦٧ ، إلى عقود ملزمة لخاص وأحد وعقود ملزمة لخاصين ، وإلى عقود
مفاوضة وعقود سرع ، وإلى عقود رضائية وعقود سبكية ، وإلى عقود مساومة وعقود أعبان ،
 وإلى عقود مرهنة وعقود جماعة ، وإلى عقود كسب وعقود بوليقي ، وإلى عقود مسماة وعقود
غير مسماة .

ولم يورد النجاشي المسمى المصري والنجاشي السوري تقسيمات ما ، إذ هي - كما
نعول المذكورة الأيضاحية للنجاشي المسمى المصري - أدخل في باب الفقه منها في ميدان التشريع .
ولكن النجاشي أورد العقود المسماة على ترتيب منطقي وفقاً فيه عند المحلل الذي يقع عليه
العقود . فهناك عقود تنع على الملكية وهي البيع والهبة والسركة والبرع والصلح ، وعقود
تنع على الاستمتاع بالشئ وهي الإيجار والمارية ، وعقود يرد على العمل وهي المفاوضة وعقد
العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وهناك عقود المرء وهي المقامرة والزهاد وعمد
الناس ، وهناك عقد توثيق وهو الكفالة ، وترك عقد الزهر إلى جانب سائر التامات
العينية .

الباحث أن الفقه الإسلامي لا يعرف إلا هذه العقود المسماة ، وأن أي اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعاً .

ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي بطريقة سطحية . فإن الباحث يلح من خلال الأحكام التي يقررها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة أنهم يسلمون بإمكان أن يخرج عقداً أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد ، يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه . بل ويدّعي أن هناك قاعدة فقهية مسلمة ، هي أن المسلمين عند شروطهم ، وأن كل اتفاق يتوافق فيه الشروط التي يقررها الفقه الإسلامي يكون عقداً مشروعاً . ويمكن أن نشير إلى ما جاء في البدع في هذا الصدد : « وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال المسلمون عند شروطهم ، فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل ، لأنه يقتضي أن يكون كل مسد عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا الزمه الوفاء به . . وهذا لأن الأصل أن يصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قبلأوله ولاية عليه ، (١)

ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة ، إنما هي العقود التي يظن أن تقع بها تعامل في مهمم وإذا استحدثت خصائص عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهاً ، كانت عقوداً مشروعاً . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى العمل في المذاهب الأربعة . فقد عدت المادة ٧٤ من أنواع العقود بعضها غيرها كما وردت في نصوص مرشد الحيران التي سبق ذكرها . ثم أعقب ذلك نص عام ، هو المادة ٧٥ ، وقد حرت على الوجه الآتي : « يصبح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب . »

على أن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في الفقه العربي .
 فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود المرر يوسعان كثيراً من هذه الدائرة
 في الفقه الإسلامي . كذلك نظرية لشرط المقترب بالعدد تزيد في توسع الدائرة
 إلى حد بعيد . فالأصل إذن في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود
 النظام العام ، إلا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق من
 هذه الحرية (١) .

(١) انظر في هذه المسألة « نظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » للستاذ شفيق

الباب الأول

أركان العقد

أركان لعقد في الفقه العربي هي التراضي والمحل والسبب ، ويعتق ذلك نظرية البطلان . فنتعرض كل هذا في الفقه الاسلامي .

الفصل الأول

الراضى

وجود الراضى وصحته :

يميز الفقه لعربي بين وجود الراضى وصحته . فستعرض ذلك فى الفقه الإسلامى .

الفرع الأول

وجود الراضى

صفة العقد وتطابق الإرادتين :

نستعرض هنا :

(١) صيغة العقد . (٢) تطابق الإرادتين فى مجلس العقد .

المبحث الأول

صفة العقد

هناية الفقهاء بصفة العقد :

يكثّر الفقهاء من الكلام فى صيغة العقد . فقد عنوانوا بهذه المسألة عدية كبيرة . ذلك أن الفقه الإسلامى نزعته موضوعية (objectif) كما قدما . وأول أثر لهذه الرعة أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

ولما كانت الإرادة الظاهرة هى المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة الباطنة ، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجى . والمضمر الذى يعتدون به فى الأصل هو الحفظ . فالمعط أولا — قيل الكتابة وقيل الإشارة وقبل أى

مظهر خارجي آخر نستخلص منه الإرادة — هو الذي يعبر عن الإرادة الباطنة . واللفظية والإرادة الطاهرة تتمرجان معاً في صيغة العقد ، ويخلص منهما أن اللفظ هو أول أداة يعول عليها في هذه الصيغة ، وأن اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر . فإذا كان هذا المعنى واضحاً فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو عن الإرادة الباطنة . واللفظ — لا في صيغة العقد وحدها بل أيضاً في الإثبات حيث الشهادة تعلق على الكتابة — هو الشيء الناتج الذي يقف عنده الفقه الإسلامي ، ويؤثره على الكتابة وغيرها من مظاهر التعبير عن الإرادة بما لم يكن في حصاره العصور الماضية ثباتاً مستقراً ، إذ لن تكون الكتابة منتشرة في تلك العصور ، وما كان يتداول منها لا يؤمن فيه الربح أو الخسارة .

فننظر الآن في نصوص للفقه الإسلامي كيف يكون التعبير عن الإرادة باللفظ ، ثم نغيره من مظاهر التعبير الأخرى .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة باللفظ

صيغة العقد اللفظية

١ — الأخذ بالإرادة الطاهرة إذا كانت واضحة

صبيح الماضي والمصارع والأمر والاستعظام والاستقلال

صبيح الحال والمستقبل :

يؤثر الفقه الإسلامي صيغة الماضي لانعقاد العقد . ذلك أن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية ، إرادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم .

أما صيغ المضارع والأمر والاستقبال والاستفهام ، فلأنها تحتل الحال والاستقبال ، ولأن الصيغة لابد من أن تتمحض للحال دون الاستقبال ، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف والملاسات ، فإن دلت الصيغة بطريق الاقتضاء على الحال انعقد العقد .

ونقل عن البدائع (١) ما هو صريح في هذا المعنى :

« الإيجاب والقول قد يكون بصيغة الماضي ، وقد يكون بصيغة الحال .
 « أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بعث ويقول المشتري اشتريت ، ويتم الركن . لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وصفاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاص على الوصف . وكذا إذا قال البائع هذا الشيء بكذا أو أعطته بكذا أو هو لك بكذا أو ذلك بكذا ، وقال المشتري قبلت أو أحدت أو رصت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن . لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادأة والعبرة للمعنى لا للصورة . »

« وأما بصيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال للمشتري اشتريت ، أو قال المشتري اشتري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب ، أو قال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري اشتريه ونوى الإيجاب ، يتم الركن ويعقد . وإنما اعتبره لية ههنا وإن كانت صيغة أفعل مدحان هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً ، فوقع الحاجة إلى التعيين « لية » .

« ولا يعقد بصيغة الاستفهام بالانفاق ، بأن يقول المشتري للبائع أبيع هذا الشيء بكذا أو أعت من بكذا . فقال البائع بعث ، لا يعقد ما لم يقل المشتري اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشتري اشتري مني هذا الشيء بكذا فقال المشتري ، لا يعقد ما لم يقل البائع بعث . »

« وهل يتعقد صيغة الاستقبال وهي صيغة الأمر ، بأن يقول المشتري للبائع مع عبدك هذا منى بكذا فيقول بعث ؟ قال أصحابنا رحمهم الله . لا يتعقد ما لم يقل المشتري اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشتري اشتر منى هذا الشيء بكذا فقال اشتريت . لا يتعقد ما لم يقل البائع بعث عندما . وقال الشافعي رحمه الله . يتعقد . وجه قوله . أن هذه الصيغة تصلح شطر العقد في الحقة ، ألا ترى أن من قال لآخر نروح اننى فقال مخاطب تزوجت ، أو قال زوج ابنتك منى فقال . وحت ، يتعقد السكاح . فإذا صحت هذه الصيغة شطراً في السكاح صحت شطراً في البيع ، لأن الركن في كل واحد منهما هو الإيجاب والقبول . ولنا . أن قوله مع أو اشتر ظلت الإيجاب والقبول ، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً ، فم يوجد إلا أحد الشطرين ، فلا يتم الركن ، ولهذا لا يتعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول لا إيجاباً وقبولاً ، كذا هنا . وهذا هو لقياس في السكاح ، إلا أما استحساناً في السكاح نص خاص . وهو ما روى أبو يوسف أن بلالا حطب إلى قوم من الأعرار فأبوا أن يزوجوه ، فقال لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أحطب إليكم لم أحطب ، فقالوا له أملكك ، ولم يقل أن بلالا رضى الله عنه فقلت ، فتركنا القياس هناك بالنص ، ولا يصح في البيع فوجب العمل بالقياس . ولأن هذه الصيغة مساومة حقيقة ، فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقة بل هي طلب الإيجاب والقبول ، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما . ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب السكاح ، لأن المساومة لا يوجد في السكاح عادة فحملت على الإيجاب والقبول . على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل روح استك منى شطر العقد ، وهو لم يجز شطر العقد لتضرر به الولي لحوان أن يروح ولا يقبل مخاطب بلحقه الشيء ، فجعلت شطر الضرورة دفع الضرر عن الأولياء . وهذا المعنى في باب البيع منعدم ، فيجب سؤالاً ، فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر . »

هذا ما جاء في البدائع ، وهو يسقط في وضوح تام كيف تتصل صيغة العقد بالإرادة الطاهرة . ففي المذهب الحنفي انعقد العقد بصيغة الحال لا بصيغة الاستقبال . ثم يستعرض الفقهاء ، لتطبيق هذه القاعدة ، الصيغ المختلفة : الماضى والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال .

صيغة الماضى :

أما صيغة الماضى فهي وإن كانت للناسى وصفا ، لكنها جمعت إجماعا للحال في عرف أهل الملة والشرع ، والعرف قصص على الوضع كما يقول صاحب البدائع . فصيغة لماضى إذن ، صيغة وصفها في ، والملة والشرع ، لعطف يتمحض للحال . ويعقد به العقد دون بحث عن الية ، أحداً بالإرادة الطاهرة ، لأن الإرادة الصاهرة هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، لأن الجرى وراء نية العاقد والتحسس لما انطوت عليه سريره أمر عسير .

واللفظية غير الشكلية . فإذا كان المقع الإسلامى يؤثر اللفظ ، فإنه لا يشترط لفظ ، البيع ، بل أى لفظ يحمل معنى المبادلة يكتفى مادامت صيغته تتمحض للحال . ومن ثم يقول صاحب البدائع ، « إذا قال البائع أعطيتك هذا الشيء بكذا ، أو هو لك بكذا أو بذلتك بكذا ، وقال المشتري قبلت أو أهدت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن ، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة ، والعبرة للمعنى لا للصورة » .

ومن هنا يستخلص القاعدة الأولى . كل لفظ يتمحض صيغته للحال يؤخذ فيه بالإرادة الطاهرة ويعقد به العقد . لأن الإرادة الصاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة .

صيغة المضارع :

وأما صيغة المضارع فتحتمل الحال والاستقبال . بل إن استعمالها غلب للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً . ومن ثم لا يؤخذ في هذه الصيغة بالإرادة

الطاهرة ، ويجب الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة . ولهذا رأينا صاحب البدائع يقول : « وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع لبشترى أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري اشتريت ، أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء بكذا ، ونوى الإيجاب ، أو قال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري أشتريه ونوى الإيجاب يتم الركن ويعقد . وإما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة فعل محال هو الصحيح لأنه على استعماله للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً ، فوَقعت حاجة إلى التعيين بالنية » .

ومن ههنا نستخلص القاعدة الثامنة : كل لفظ تختمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ به بالإرادة الباطنة لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة فوَقعت حاجة إلى التعيين بالنية . أي الأحكام بالإرادة الباطنة

صبيح الأمر والاستفهام والاستقبال :

وأما صبيح الأمر والاستفهام والاستقبال فكلها عند الحنفية صبيح تتمحص للاستقبال ، فلا يعقد بها العقد ولو نوى الإيجاب .

أما صيغة الأمر فهي عند الحنفية طلب الإيجاب والقبول ، وليست إيجاباً وقبولاً . فالإرادة الظاهرة هنا واضحة في عدم البت واقطع ، ومن ثم لا ينعقد بها العقد . فإذا قال المشتري للبائع — كذا جاء في البدائع — بعت عبدك هذا مني بكذا فبقول البائع بعت ، لا ينعقد العقد ما لم يقل المشتري اشتريت ، وإذا قال البائع للمشتري اشتر مني هذا الشيء بكذا فقال اشتريت ، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت .

وأما صيغة الاستفهام فهي صيغة تتمحص للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد . وقد رأينا صاحب البدائع يقول في هذا الصدد : « ولا ينعقد صيغة الاستفهام بالاتفاق ، من يقول المشتري للبائع أبيع مني هذا الشيء بكذا أو أبعته مني بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت » .

وأما صيغة الاستقبال ، وهي الصيغة المقرونة بالسير وسوف ، فواضح

أما تمحصت للاستقبال، فلا ينعقد بها العقد. جاء في الفتاوى الهندية :
 « وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسبب وسوف . فلا ينعقد به » .
 ومن هنا نستخلص القاعدة الثالثة : كل لفظ تمحض صيغته للاستقبال
 يوحد فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا ينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا
 واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة . فهو يورى العاقد الإيجاب ، ولكنه
 استعمل صيغة تمحض للاستقبال ، لا ينعقد العقد .

المبدأ العام :

ووضع الآن القواعد الثلاث التي استخلصناها حنباً إلى جيب . سخرج
 منها بمبدأ عام .

القاعدة الأولى تقضى بأن كل لفظ تمحض صيغته للحال ، يوحد فيه
 بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل
 عنها إلى الإرادة الباطنة .

والقاعدة الثانية تقضى بأن كل لفظ يحتمل صيغته الحال والاستقبال يوحد
 فيه بالإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة ، فتعين الأحـد
 بالية وهي الإرادة الباطنة .

والقاعدة الثالثة تقضى بأن كل لفظ تمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه
 بالإرادة الظاهرة ولا ينعقد به العقد . لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة
 فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة .

والمبدأ العام لدى نخرج به من مجموع هذه القواعد الثلاث هو ما يتقـى :
 الأصل في صيغة العقد هو الأحـد بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الإرادة
 واضحة ، فإن تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وإن تمحضت للاستقبال
 لا ينعقد . أما إذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة ، فإن احتملت الصيغة
 الحال والاستقبال ، تعين الرجوع إلى الباطنة أي إلى الإرادة الباطنة ، فإن انصرفت
 هذه الإرادة إلى الإيجاب انعقد العقد ، وإلا لم ينعقد .

٢٤ - استعراض النصوص الفقهية

في صيغة العقد اللفظية

هذا المبدأ لعام الذي خرجنا به نضع أمامه الآن النصوص التي وردت في كتب الفقه الإسلامي في هذه المسألة، لكي هل يستقيم معها .

المذهب الحنفي :

جاء في الهداية : « لبيع يعقد بالإيجاب والقبول إذا كان لفظي الماضي ، مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشترت ، لأن البيع إنشاء تصرف ، والإنشاء يعرف بالشرع والموصوع للإيجاب قد استعمل فيه فيعقد به . ولا يعقد لفظي أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي ، بخلاف المكاح^(١) . وقد حاول صاحب فتح القدير ، في شرحه للهداية ، أن يجعل العبرة دائماً بالنية لا بالصفة ، فيعدل بذلك عن الإرادة لظاهرة إلى الإرادة باطنية . وتنقضي ما يقول في هذا الصدد : « لا يثبت لفظ البيع حكمه إلا إذا أُراده به وحيدش فلا فرق بين بعث وأبيع في ترقب الاستعداد به على نية . وقد لا يعقد بلفظ بعث هر لا . فلامن لقوله يعقد بلفظ ادعى ولا يعقد بالمستقبل ثم تقييده بما دام هو به ، فيه يعقد به في الماضي وعينه بالنية ، ولا يعقد بالماضي وغيره بلا نية واعلم أن عدم الاعتداد بالمستقبل هو دأب متصادف على نية الحال ، أما إذا تصادف على نية البيع في الحال فيعقد به في نقصاء ، لأن صيغة الاستقبال يحتمل الحال فيثبت بالنية^(٢) . فصاحب فتح القدير يحاول العدول عن التعبير الموضوعية إلى وضعها عقده . وهي الصيغة التي تتمحور للحال والصفة التي تتمحور للاستقبال ، وأن يجعل النية - أي الإرادة الباطنة - هي المعيار ، فصيغة الماضي دون النية لا يعقد بها العقد كما في الحال . وصيغة الاستقبال إذا اقترنت بها النية يعقد بها العقد .

(١) انظر فتح القدير جزء ٥ ص ٧٤ - ٧٥ .

(٢) فتح القدير جزء ٥ ص ٧٤ - ٧٥ .

على أن هذه المحاولة لم تنجح ، فإن الفقهاء بقوا يرددون المعايير الموضوعية ويقفون عند الصيغ . وهم في ذلك غير عاقبين عن أن العبرة في التصرفات بالإرادة لا بالصيغة ، ولكم يستخلصون الإرادة من الصيغة ، لأن الإرادة التي يعتدونها بها هي الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة وذلك حتى يستقر التعامل .
وغنى عن البيان أن الصيغة إذا تمحصت لمعنى معين ، وجب الوقوف عند هذا المعنى باعتبار أنه هو الإرادة الظاهرة . وليست الصيغة الإقربية على هذه الإرادة ، ولكمها قرينة لا تقبل إثبات العكس . ومن ثم بقيت صيغة الحال يعقد بها لعقد دون بحث في الية ، وصيغة الاستقبال لا يعقد بها لعقد دون اعتداد بالية كذلك . والصيغة التي تحتل الحال والاستقبال يعقد بها العقد أو لا يعقد تبعاً لقيام الية أو عدم قيامها . وبقي الفقهاء يوصون ترديد هذه القواعد .

من ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية : قال أصحاب رحمهم الله : كل لفظ ينشأ عن التملك وانتمك على صيغة الماضي أو الحال يعقد بهما البيع ، كذا في المحيط ، فارسية كانت أو عربية أو بحورها ، هكذا في لتارخاية . ويعقد بالماضي بلا نية وبالمصارع بها على الأصح ، هكذا في البحر الرائق . فإذا قال البائع أبيع منك هذا العبد بألف أو أبدله أو أعطيكه وقال المشتري أشتريه منك أو أحده ، ونوياً بالإيجاب للحال ، أو كان أحدهما بلفظ الماضي والآخر بالمستقبل مع بية الإيجاب للحال ، فإنه يعقد . وإن لم يوافقا لا يعقد ، هكذا في القنية . وإذا ما تمحص للحال ، كما بيعك الآن ، فلا يحتاج إليها . وأما ما تمحص للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف أو الأمر فلا يعقد به ، إلا إذا دل الأمر على المعنى المذكور ، كحذنه فكذا فقال أخذته . فإنه كالماضي ، كذا في التهر العاتق ... ثم إذا كان بلفظ الأمر فلا بد من ثلاثة ألفاظ ، كما إذا قال البائع اشتري مني فقال اشتريت فلا يعقد ما لم يقل البائع بعت ، أو يقول المشتري مع مني فيقول بعت ، فلا بد من أن يقول ثانياً اشتريت ، كذا في السراج الوهاج .

ولا ينعقد بصفة الاستبham بالاتفاق (١). فما نحن نرى صاحب الفتاوى الهندية يردد ما سبقه إليه الفقهاء من الفواعد التي تقدم ذكرها. ويزيد الأمر إيصاحاً في صيغتي المصارع والأمر. وصيغة المصارع التي تحتل الحال والاستقبال قد تتمحصر للحال إذا اقترن بها لفظ يدل على ذلك كلفظ «الآن»، وعند ذلك ينعقد العقد دون بحث في النية إذ أن الإادة الظاهرة تصبح هنا واضحة فيؤخذ بها. وصيغة الأمر التي تتمحصر عادة للمستقبل فلا ينعقد بها العقد. قد تتمحصر في بعض صورها للحال. كما إذا قال البائع للمشتري خذ هذا بكذا فقال المشتري أحسنه أو هاته فإن الأمر هنا تتمحصر للحال. فيؤخذ بالإرادة الظاهرة وينعقد العقد.

ومن ذلك أيضاً ما جاء في إربليي: «وينعقد بكل لفظ يبيى عن التحقيق، كبعث أو اشترت أو رصيت أو أعطيت أو حده بكذا» (٢). فما استعمل الزبني صيغة الماضي وهي تتمحصر للحال، وصيغة «حده» من صور صيغة الأمر وهي أيضاً تتمحصر للحال، وينعقد العقد بكلتا الصيغتين دون بحث في النية.

ومن ذلك أيضاً ما جاء في حاشية الشلبي على إربليي: «وإن أعم أن اشتراط الإيجاب والقبول أن يكونا من صيغة الماضي إذا لم يوجد به الحال من لفظ المستقبل، وهذا وحدث ينعقد بلفظ المستقبل أيضاً». قال السكاك وكذا لفظ حده بكذا ينعقد به إذ قبل أن قال أحده ونحوه، لأنه وإن كان مستقبلاً لكن حصه من مادته، أعني الأمر بالأحد، يستدعي سابقة البيع، فكان كالمأخوذ. إذ أن استدعاء الماضي سبق لبيع بحسب وضع، واستدعاء حده، سبقه بمرتين لاقتضاء. فهو كما إذا قال بعتك عبدي هذا بألف فهان فهو حر، عتق، وبسب شريعت اقتضاء، بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء، لا يعتق» (٣). وما أيضاً يفتي الشلبي عن المعنى الظاهر من الصيغة. وظهور المعنى إما أن

(١) الفتاوى الهندية جزء ٢ ص ٤.

(٢) الزبني جزء ٤ ص ٤.

(٣) حاشية الشلبي على الزبني جزء ٤ ص ٤.

يكون بحسب الوضع كما في صيغة الماضي ، وإما أن يكون بطريق الاقتضاء كما في بعض صور الأمر ، وكذا إذا قرئ العبارة بحرف الغاء فبدل اقتضاء على معنى الإيجاب . فالمسألة إذن آتت مسألة ألعاط نوقمية تدخل في نطاق الشكلية ، بل هي مسألة معان تستخلص من الألعاط وتصبح عليها للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة .

ومن ذلك أخيراً ما جاء في الدر : « وهما عبارة عن كل لفظين يثبتان عن معنى لفظك واعتبرت ماضيين كعبث واشتريت . أو حارين كصارعين لم يقرنا بسوف والدين كأيامك فيقول أشتريه . أو أحدهما ماض والآخر حال ، ولكن يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني ، فإن قوى به الإيجاب للحال صح عن الأصح ، وبلا لا ، إلا إذا استعملوه للحال كاهل حوارهم فكالماضي ، وكأيامك الآن لتمحضه للحال . وأما المنحصر للاستقبال فكالأمر لا يصح أصلاً ، إلا الأمر إذا دل على الحال كعنه بكذا فقال أحدث أو رصت ، صح طريق الاقتضاء (١) . وواضح أن ما جاء في الدر ليس إلا ترديداً لما تقدم ذكره . وعليه استقر المذهب الحنفي .

مذهب مالك :

وأما مذهب مالك فبفتح مع المذهب الحنفي في أن صيغة الماضي يتعقد بها لعقد دون بحث في الية ، يتوحد فيها بالإرادة الظاهرة ، لأنها تتمحض للحال . ويتفق معه أيضاً في أن صيغة المضارع تحمل الحال والاستقبال ، ومن ثم لا يكون الإرادة الظاهرة واضحة فلا يؤخذ بها ، ويتعين البحث عن النية أي عن الإرادة الباطنة ، وسبق معه أحراراً في صيغتي الاستفهام والاستقبال فهما يتمحصان للاستقبال ولا يتمقد بهما العقد . ولكن المذهبيين مختلفون في صيغة الأمر ، فإن هذه الصيغة عند الحنفية تتمحض للاستقبال كما رأينا ، ولذلك لا تعقد به العقد (إلا في صورة خذ) . أما عند مالك فصيغة الأمر إما تتمحض

سحال فيعقد بها العقد دون بحث في النية ، أقوى تقليباً تحتل الحال والاستقبال إذ هي أقوى من صيغة المضارع في احتمال الحال تبعاً للعرف ، فيعقد بها العقد إذا اقترنت بالنية . ويحلف من أتى بصيغة الأمر إذا أنكر أنه قصد الإيجاب . هذه هي خلاصة عاجلة لمذهب مالك في هذه المسألة . ويبقى الآن أن نستعرض بعض تفصيص المذهب .

جاء في المدونة الكبرى : « قال سالت مالكا عن الرجل يقف بالسلعة في السوق ، فيأتيه الرجل فيقول لكم سلعتكم هذه ، فيقول بمائة دينار فيقول قد أحبتها فيقول الرجل لا أبيعك ، وقد كان أوقفها للبيع . أترى أن هذا يبرمه ؟ قال قال مالك يحلف بالله أنه لا يله إلا هو ما ساومه على الإيجاب في البيع ولا على الإمكان . وما ساومه إلا على كذا وكذا الأمر يذكره غير الإيجاب ، فإذا حلف على ذلك كان القول قوله ، وأن لم يحلف لزمه البيع (١) . وظاهر مما جاء في المدونة أن صيغة غير صيغة الماضي قد ينقذ بها البيع . فالبايع في المثل المتقدم لم يقل بعت ، بل قال سلعتي بمائة دينار . ولكن اقترن بهذه الصيغة وقوفه في السوق بالسلعة لبيعها ، فيفترض أنه أراد الإيجاب ، إلا أن يحلف أنه لم يردده فيكون القول عند ذلك قوله بيمينه . ومؤدى ذلك أن الإرادة لظاهر إذا لم تكن واضحة من الصيغة كما في هذا المثل ، تعين البحث عن النية أي عن الإرادة الباطنة . والقاعدة عند مالك أن من يأتي بصيغة تحتل الحال والاستقبال ، كصيغة المضارع أو الصيغة التي وردت في المثل الذي نحن بصدده ، يكون القول قوله بيمينه ، فإن أنكر أنه وى الإيجاب وحلف ايمين على ذلك لم يلزمه العقد ، وإن نكل عن اليمين فإن العقد يلزمه .

وجاء في شرح الخطيب على حليل . وليس الإيجاب والقبول لدفع معين ، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود . إلا أن في الألفاظ ما هو صريح من نكاح فيقول قلت ، أو اتعت منك فيقول بعت فهما يلزمهما . وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجرد حاجتي

يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع ، مثل أن يقول المبتاع لكم يقول
البائع بدينار ، فيقول قبلك ، فيقول البائع لا أبيعك ، فإن كان في سوق تلك
السلعة وروى أشهب يلزمه البيع . وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ،
ولا يلزمه ، (١) . ونرى من ذلك أن هناك قولاً في مذهب مالك ، رواه أشهب ،
يذهب إلى أن دلالة وقوف الرجل بالسلعة في السوق قوية بحيث تكون قرينة
لا تقبل النقص ، وتمحص الصيغة للحال ، فيعقد العقد دون بحث في البينة كما
في صيغة الماضي . وهذا القول معقول كما هو ظاهر .

أما عن صيغتي الماضي والمضارع في مذهب مالك ، فقد جاء في شرح
الخطاب أيضاً ما يأتي : « وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة لمعط الماضي
فترم ، أو بلفظ المضارع فيحلف . ونحوه لابن عبد السلام ، فقال حاصل كلامه
أنه إن أن « صيغة الماضي لم يقبل منه رجوع ، وإن أن « صيغة المضارع فكلامه
محتمل فيحلف على ما أراده ، (٢) وهذا يتفق مع المذهب الحنفي ، فالماضي
يتمحص للحال ويعقد به العقد ، والمضارع يحنس للحال والاستقبال فلا ينفذ
به العقد إلا بالية ، فإن حلف على بعداها فالقول قوله يمينه .

أما عن صيغة الأمر ، فقد قدمنا أن هناك قولاً في مذهب مالك يقتضي
بأن هذه الصيغة تتمحص للحال كصيغة الماضي ، فيعقد بها العقد دون بحث
في البينة ، وفي هذا المعنى جاء في شرح الخطاب : « فإن قول المشتري من يده
سلعة يعني سلعتك عشرة لا يدل صريحاً على بحث البيع من جهة المشتري ،
لأنه إما أمر للبائع أن يبيعه أو ملتزم منه ذلك . ويحنس أن يكون أصابعه
أو غير راض . ولكن "عرف ذلك على أن قال ذلك صاب ومريد للبيع
وراض به . لأن « يعني ، صريح في أمر المشتري بالبائع بالبيع واستدعائه منه
وطبئه له وإرادته إياه وحصول المطلوب يصير به مبتاع . فإذا أجهل البائع

(١) شرح الخطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٩ - ص ٢٢٠ .

(٢) شرح الخطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٢ .

يُحصل مطلوبه ، فقد تم له ما أراد من وجود البيع . وظهر كلام المصنف أن للبيع انعقد في هذه المسألة ، ويرى المشتري ، إذ أجابه البائع بما يدل على الرضاء ولو قال البائع بعد ، بعتك ، لا أرضى لأنني لم أريد إيجاب البيع ، وبعد قوله بعد ذلك لا أرضى بما (١) . . ويتبين من ذلك أن صيغة الأمر تمحصت للحال ، لا بطبيعة الوضع ، بل بدلالة العرف .

وحاء في حاشية الدسوقي على شرح الدردير استعراض لصيغ الماضي والمضارع والأمر في مذهب مالك على الوجه الآتي (٢) . . والحاصل أن الماضي يعتقد به البيع انماها ، ولا عبرة بقول من أني أنه لم يرد البيع أو لشراء ولو حلف . والمضارع إن حلف من أني أنه لم يرد البيع أو الشراء قبل قوله ، والأمر . وأما الأمر ، فهو كالماضي وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة . أو كالمضارع وهو قول ابن القاسم في المدونة ؛ ولكن الأراجيح والمعول عليه أن عليه التبين لأنه قول ابن القاسم في المدونة ، وإلى ما يبدو أن الدسوقي ، بعد أن بين أن صيغة الأمر اختلفت فيها هي كصيغة الماضي تتمحص للحال ، أو هي كصيغة المضارع تجمع الحال والاستقبال ، رجح احتمالها للحال والاستقبال لأن هذا هو قول من أقام في المدونة . ولكن الدسوقي يمتضي في حاشيته ، ويقرر أن صيغة الأمر على العكس مما قدمه ، إنما هي كصيغة الماضي تتمحص للحال بدلالة عرف لا بطبيعة الوضع ، إذ يقول : « لأن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضاء ، ودلالة الأمر على الرضاء أقوى من دلالة المضارع عليه ، لأن صيغة الأمر يدل على الرضاء عرفاً . وإن كان في أصل اللغة محتملاً ، بخلاف المضارع فإنه لا يدل عليه . والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضاء عرفاً وإن كان محتملاً بذلك لغة ، فالماضي لما كان دالاً على الرضاء من غير احتمال انعقاد البيع به من غير رضاء ، والأمر كعبي

(١) شرح الخطيب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) حاشية الدسوقي على شرح الدردير جزء ٢ ص ٢ - ص ٤ .

إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له أو التماسه منه إلا أنه محتمل الرضا به وعدمه ،
لكر العرف دل على رضاه به ، وحيث فبستوى الأمر مع الماصى .

وحاء فى هامش الصاوى على شرح الدردير ما يؤيد أن صيغة الأمر يدل
من لغة صيغة الماصى من حيث تمحضها للحال دلالة العرف ، إذ يقول : وحاصله
أن المضروب فى انعقاد البيع به ما يدل على الرضا عرفا وإن كان محتملا لذلك
لغة ، فالماضى لما كان دالا على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع من غير
نزع ، ولا يقبل رجوعه ولو حلف . والأمر بما يدل لغة على طلب لبيع له فهو
يحتسب الرضا به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحيث فبستوى
مع الماصى ، ولا يقبل رجوعه عنه ولو حلف كما يفيد الشارح . وانضارع
يحتسب الحال والاستقلال ، ويمكن فى العرف دالا على الرضا ، فضل الرجوع
فيه بالبين ، (١) .

المذاهب الأخرى :

وفد رأينا أن الشافعى يجعل صيغة الأمر دلالة على الإيجاب فيما نقلناه عن
الدائع فى مناقشة رأيه . وحاء فى المنبئ بشرارى : وقبل قال المشتري بهى
فقال لبايع حدث ، انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول ، (٢) .

وصيغة الأمر فى مذهب أحمد على عنوان . قول يعقد به البيع ، وقول
لا يعقد . وجاء فى المنبئ : . وإن تقدم منتظ اطلب . فقل بهى ثوبك فقال
بعثك ، ففيه روايتان : إحداهما صح كبريت وهو قول منبئ والشافعى ، والثانية
لا يصح وهو قول أنى حيفة لأنه لو نذر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح
إذا قدم كلف الاستمهاء ، ولأنه عند عرى عن قبوله لم يقع ، كما يوم يطلب .
وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بعض الماصى روايتان أيضا . فبما إن تقدم

(١) هامش الصاوى على شرح الدردير جزء ٢ ص ٢ .

(٢) المنبئ بشرارى جزء ٢ ص ٢٥٧ . ومع ذلك انظر التوجيه « جزء أول ص ١٢٢
ص ١٢٣ » « ولا تكفى المعاها ، ولا الإيجاب والإيجاب ، وهو قوله معنى من قوله
استمرت على صح التوجيه . بخلاف الكناج فيه لا يعزى عقوبة » .

بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أنتع ثوبك تكذا فيقول نعمك ، لم يصح بحال ، نص عليه أحمد وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، ولا يعلم عن غيرهم خلافهم ، لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء (١) .

ولخص لشعرائي اختلاف الأئمة في صيغة الأمر فقال : « ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أن البيع يعقد بلفظ الاستدعاء كعب أو اشتر مني فيقول نعم أو اشتريت ، مع قول أبي حنيفة أنه لا يعقد أصلاً ، فالأول مخفف والثاني مشدد . ووجه الأول حصول العرص تكون المستدعي مانعاً أو مشترياً إذ لا بد من الحراب في المسألتين . ووجه الثاني نسبة المستدعي إلى غش وتدليس في العادة ، وربما فهم ليس منه أنه لو لم يكن في ذلك المبيع عيب لما كان يسأل غيره في أخذه بل كان يصبر إلى أن يطمئه غيره منه كما هو مشهور في الأسواق . ويصح حمل الأول على حال الأكابر من أهل العلم والدين الذين يرون الخط الأوفى لإخوانهم ، وحمل الثاني على من كان بالصد من ذلك كما يعرف الناس ذلك من مصهم ، مصاً بالتجربة أو القرائن ، فراجع الأمر إلى مرتبة الميراث (٢) .

وحاء في البيل : ولو قال بع لي هذا الشيء تكذا فقال نعمت لك تكذا ، أزمه على الرجوع (٣) .

وجاء في المنبر المختار : « فوقال بع لي هذا تكذا فقال نعمت ، يعقده (٤) .

وقد ينما يقدم أن صيغة الأمر يعقدها يعقد عبد الأئمة جميعاً ، فيما عدا أبا حنيفة . وصيغته الماضي يعقدها يعقد عند الجمع بلا خلاف . وصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لا بمقاد لعقد . ولا يعقد لعقد بصيغة الاستفهام

(١) المعنى جزء ٤ ص ٢ - ص ٤ .

(٢) الميراث الكبير للشعرائي جزء ٢ ص ٧٢ - ص ٧٢ .

(٣) السجل جزء ٢ ص ١٠ .

(٤) المنبر المختار جزء ٢ ص ٢ .

ولا بصيغة الاستقبال . هذه هي خلاصة الحق الإسلامي في هذه المسألة ، وبها أخذ التقنين المدني العراقي في المادة ٧٧ إذ تجرى على الوجه الآتي :

- ١ - الإيجاب والقبول كل لمضئ متعلمين عرفا لإنشاء العقد . وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب ، والثاني قبول . .
- ٢ - ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال . .

المطلب الثاني

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

المظاهر الخارجية الأخرى غير اللفظ متعبير عن الإرادة قد تكون

- (١) الرسالة وكتابتها . (٢) الإشارة . (٣) النعاض .
 - (٤) أي موقف آخر يدل على الصاء .
 - (٥) لسكوت وهو موقف سلبى محض .
- فنستعرض كلا من هذه المظاهر :

(١) الرسالة والكتابة :

صورة ارساله هي أن يرسل 'عاقدا لعاقدا الآخر العاقد رسولا يبلغه الإيجاب شفاهاً بانقص ، وصورة الكتابة هي أن يكتب العاقدا لعاقدا الآخر كتاباً بإيجانه . في الحالتين 'عاقدا مات غائبين ويوجد وسط بينهما رسول يبلغ الإيجاب شفاهاً في الرسالة ، أو كتب يحمل الإيجاب مكتوباً في الكتابة . وبلاحظ أن كلا من الرسالة والكتابة هما مقصود بها التعبير عن الإرادة ذاتها لا مجرد إثباتها .

والأصل في الحق الإسلامي أن الإيجاب والقبول لابد من اقتران أحدهما بالآخر في مجلس واحد كما سبق . فإذا أوجب أحد العاقدين في غياب العاقدا

الآخر لم يتوقف الشطر حتى لو بلغ الآخر قفلاً . ولكن وصول الإيجاب إلى مجلس القابل عن طريق الرسالة أو الكتابة هو نقل الإيجاب مادياً إلى مجلس القبول ، ويكون اقتران القبول بالإيجاب قد وقع في مجلس واحد .

فإذا أرسل العاقد رسولا يبلغ إيجابه ، فالرسول ليس إلا ناقلاً للإيجاب نقلاً مادياً إذ هو يقتصر على نقل إرادة العاقد . وفي هذا يختلف عن النائب الذي يعبر عن إرادته لأمر إرادة الأصيل . وإذا نقل الرسول الإيجاب للعاقد الآخر ، وقبل هذا في مجلس أداء الرسالة ، انعقد العقد ، لأن الرسول ناقل وما قبل للعاقد الآخر أصل لفظة لمعطى الموجب حكماً . أما لو بلغ أحد الإيجاب بعبر أمر المرحب فقبل للعاقد الآخر ، لم انعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولا بل قصوياً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . لكن لو أمر المرحب أحداً بتبليغ إيجابه ، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، فكل تبليغ للإيجاب حتى لو كان من غير المأمور يعتبر تبليغاً برضاه ، فإن قبل العاقد الآخر في مجلس التبليغ انعقد العقد .

وكالرسالة الكتابة ، لأن الكتاب كالخطاب ، فهو أرسل للعاقد إيجابه في كتاب للعاقد الآخر ، وبلغ الكتاب هذا فهم ما فيه وقال قبلت في مجلس بلوع الكتاب ، انعقد العقد . ويجوز أن انعقد العقد بالكتابة من الجانبين ، ويبدو أن الكتابة تختلف عن الرسالة في أن العاقد الآخر إذا لم يجب في أول مجلس لبوع الكتاب فالكتاب ناق ، بحيث إذا قرئ في مجلس ثان فقبل العاقد الآخر انعقد العقد .

وتتفق الكتابة والرسالة في الأمرين الآتين :

(١) لو استعمل العاقد ، في كتابة أو رسالة ، صيغة هي في ذاتها لا تتمحص للحال ، فإن إرسالها في كتاب أو مع رسول يجعلها تتمحص للحال بدلالة الظروف . ذلك أن هناك فرقاً بين الحاضر والغائب فصيغة الأمر للحاضر تكون استيئاماً عادة ، أما للغائب بالكتابة أو الرسالة فيراد بها أحد شطري العقد .

(٢) لما كان الإيجاب غير مزم في أكثر المذاهب ويحور الرجوع فيه قبل صدور القبول ، فالرجوع في الإيجاب بالكثانة أو بالرسالة جاز كذلك . فيصح رجوع الكاتب أو المرسل عن الإيجاب الذي كتبه أو أرسله قبل بلوغ ذلك للعاقدة الآخر وقبوله ، سواء علم العاقدة الآخر بالرجوع أو لم يعلم . حتى لو قبل بعد ذلك لا تنعقد العقد . وهذا بخلاف الوكيل ، فهو وكل شخص آخر بالبيع ، ثم عزل الوكيل قبل البيع ، فاع الوكيل دون أن يعلم بالعزل . فإن البيع ينعقد . وفي هذا المعنى يقول الكاساني : « ولو كتب مشطرا العقد ثم رجع ، صح رجوعه لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه ، فهنا أولى . كما لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فيه في المشافهة ، ودا تخلف للرجوع فهنا أولى . وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ، بخلاف ما إذا وكل يسا من ثم عزله بعير عنه لا يصح عزله . لأن الرسول يحكي كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه . فكان سفيراً ومعبراً محضاً ، فم يشترط عزل الرسول بذلك ، أما الوكيل فإنه يتصرف عن تفويض الموكل إليه ، فشرط عليه بالعزل صيانة له عن التفريط » (١) .

هذا هو بمحل أحكام الرسالة والكثانة في الفقه الإسلامي . وننقل الآن بعض النصوص التي تورد هذه الأحكام في المذاهب المختلفة .

المذهب الحنفي :

جاء في البدائع : « إذا أوجب أحدهما البيع والآخر عائب ، فبطله فقبول لا ينعقد ، وإن قال بعت عبدي هذا من فلان العائب بكرا فبطله فقبول . ولو قبل عنه قابس ينعقد . والأصل في هذا أن أحد المشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في محس ، ولا يتوقف على الشطر الآخر من لعاقدة الآخر فيما وراء محس بالإجماع ، إلا إذا كان عنه قابس ، أو كان بالرسالة أو الكتابة . أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل ، ويقول لمرسول إنني بعت عبدي

بكذا ، ذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال لمشتري في مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع ، لأن الرسول مغير ومغير عن كلاء المرسل باقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر نفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس . وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل أما بعد فقد بعث عهدي فلانا منك بكذا ، قبله الكتاب فقال في مجلسه اشترت ، لأن خطاب العائث كتابه فكأنما حضر نفسه وحاطب بالإيجاب ومن الآخر في المجلس (١) .

وحاء في فتح القدير : « وصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعث عهدي منك بكذا ، فما سمعه لكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس ، انعقد . والرسالة أن يقول ذهب إلى فلان وقل له إن فلانا باع عنده فلانا منك بكذا ، جاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك باقبول ، وكذا إذا قال بعث عهدي فلانا من فلان بكذا فذهب بإعلان فأخبره ، فذهب فأخبره فقبض . وهذا لأن الرسول باقل ، فما قل اصل لفظه بلفظ الموجب حكما . فهو ببعه بعير أمره فقبض ، لم يجوز لأنه ليس برسول فأصوليا ، ولو كان قال بعه بإعلان ، قبله غيره فقبض . جا . ولو كان المكتوب بعه بكذا ، فكنت بعتك ، لا يتم ما لم يقل الأول قبلت . وأما ما ذكر في المنسوخ لو كتب إليه من بكذا فقال بعه يتم البيع ، فليس مرد محمد بها من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان له فخط الذي انعقد به البيع . وقيل ما عرق بين الخاصر والعائث ، فعن من الخاصر يكون اسدياما عاده ، وأما من العائث فالكتابة فيراد به أحد شطري العقد هذا ويصح رجوع الكتاب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله فقبض الرجوع الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أو لم يعلم ، حتى لو قل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع ، بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل ، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ (٢) .

(١) البدائع جزء ٥ ص ١٢٨ .

(٢) فتح القدير جزء ٥ ص ٧٩ - وانظر الرلمي ٤ ص ٤ : « والارسال والكتاب كالنصب حتى يصير مجلس اذانهما » وعلى السلي . قوله حتى يصير مجلس اذانهما أى ويصح رجوعه عن ذلك بعد ما كتب وبعد ما أرسل من قول الآخر ، سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما إذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا يفسد .

وجاء في الدر : « ولو قال بعت ببلعه يافلان ببلعه غيره حار فليحط . ولا يتوقف شطر العقد فيه أى البيع على قبول غائب ، فهو قال بعت فلاناً الغائب ، ببلعه نفس ، لا يتعقد اتفاقاً إلا إذا كان بكتابة أو رسالة . ويعتبر مجلس بلوغها . » وقال ابن عابد بن في حاشيته تعليفاً على ما تقدم : « . . . وجه الجواز ما نقل عن المحيط أنه حين قال ببلعه فقد أظهر من نفسه إرضاء بالتبليغ برضاه ، دون قل صح البيع . . صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعت عدى فلاناً منك بكذا ، فيما بلىه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت ، تم البيع بينهما . وصورة الإرسال أن يرسل رسولا ، فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فذهب يافلان وقبل له ، فذهب الرسول فأخبره عما قال ، فقبل المشتري في مجلسه ذلك . . قلت ويكون بالكتابة من الحائرين ، فإذا كتب اشتريت عبدك فلاناً بكذا ، فكتب إليه البائع قد بعت ، فهذا بيع كما في التارخانية . قوله . يعتبر مجلس بلوغها . أى نوع الرسالة أو الكتابة قال في الهداية والكتاب كالحطاب وكذا الإرسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة اهـ . وفي غاية البيان وقال شمس الأئمة الرضى في كتاب النكاح من مسوطة . كما يتعقد النكاح بالكتابة بعقد البيع وسائر التصرفات بالكتاب أيضا . وذكر شيخ الإسلام حواهر رادة في مسوطة . لكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد . وهو أنه لو كان حاصراً خاصاً بالنكاح لم يثبت في مجلس الخطاب ثم أحاط في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح . وفي الكتاب إذا بلىها وقرأت الكتاب ولم تروح نفسها منه في المجلس أبدى قرأت الكتاب فيه ، ثم روجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب ، يصح النكاح لأن العيب إنما صار حائطاً لها بالكتاب ، والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع للشهود ما فيه في مجلس الثاني بمرة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر . فأما إذا كان حاصراً عاماً صار حائطاً لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبيى إلى المجلس الثاني ، وإنما سمع للشهود في المجلس الثاني أحد شرطى

العقد اهـ . . وظاهره أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر الهداية فتأمل، (١).

مذهب مالك :

جاء في الشرح الكبير للدردير . . بما . . يدل على الرضا — من قول
أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما . . وعلق الدسوقي في حاشيته بما يأتي .
« قوله . . بما يدل — أي عرفاً سواء دل على الرضا لغة أيضاً أولاً ، كعت
واشتريت وغيره من الأقوال . كالكتابة والإشارة والمعاطاة . قوله : منهما
أو من أحدهما — راجع للقول وما بعده ، أي من قول من الجانبين ، أو كتابة
منهما ، أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر ، أو إشارة منهما ، أو من جاف
وقول أو كتابة من الآخر . .

وجاء في الشرح الصغير للدردير : « وما دل على الرضا — من قول
أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما . . وعلق الصاوي « قوله : وما دل
على الرضا — أي عرفاً سواء دل عليه لغة أيضاً أولاً . فالأول كعت
واشتريت وغيره من الأقوال ولثاني كالإشارة والمعاطاة . قوله : أو أحدهما —
راجع للقول الإشارة والكتابة .

المذاهب الأخرى :

وجاء في المهدب . . « وإن كتب رجل إلى رجل يبيع سلعة فمعه وحمال .
أحدهما س عقد البيع لأنه موضع ضرورة . ولثاني لا ينعقد وهو الصحيح لأنه
قادر على الطوق فلا ينعقد لبيع غيره ، وقول القائل الأول أنه موضع ضرورة
لا يصح لأنه يمكن أن يוכל من يبيعه « لقول (٢) ، وظاهر أن القول
المرحوح في مذهب الشافعي هو القول الذي يتفق مع مقتضيات التعامس ومع
مراهب الأئمة الآخرين .

(١) ابن عابدين ٤ ص ٦٤ — ص ١٥ .

(٢) المهدب ١ ص ٢٥٧ .

وجاء في النيل : « يعقد من بائع بأعاط تدل عليه .. أو بإشارة أو كتابة من أحرس ومموج من كلام . ونحو ذلك بما يدل على رضا^(١) .. ويتبين من ذلك أن الكتابة لا تصح إلا من الأحرس والمموج من الكلام ، وفي هذا تصحيح لا يقول به سائر الأئمة كما رأينا .

(٢) الإشارة :

اعتماد العقد بالإشارة لم يحد في الفقه الإسلامي المكان الزم أن يأتى به العقد لعقد الرسالة والكتابة . فعند الحنفية إذا كان العاقد قادراً على الكلام فإن الإشارة لا تنعني عن العبارة ، وإذا كان الطلق ليس بشرط في العقد العقد فيجوز للأحرس أن يتعاقد بإشارته المفهومة ، فإن التعاقد بالإشارة لا يقبل إلا منه ، سواء كان حره أصلياً منذ الميلاد أو كان عارصاً ودام حتى وقع اليأس من كلامه . وقد جاء في البدائع^(٢) في هذا الصدد ما يأتي : وكذا النطق ليس بشرط لا بعقد البيع والشراء ولا لتعاقدهما وصحتهما ، فيجوز بيع الأحرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك ، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته . هذا إذا كان الحر أصلياً بأن ولد أحرس ، فإذا كان عارصاً بأن طرأ عليه الحر فلا يلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فليحقق بالحرس الأصلي .. ويجوز للأحرس أن يته قد أيضاً بالكتابة ، بل هو أولى في ذلك من غير الأحرس لمسكال الضرورة . ولكن قدرة الأحرس على الكتابة لا تمنع من حوال تعاقدته بالإشارة بخلاف غير الأحرس فلا يجوز تعاقدته بالإشارة إلا للضرورة . ويقول في ذلك ابن نجيم في الأشباه والنظائر^(٣) ما يأتي : « كتابة الأحرس كإشارته . واحتجوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط لعمله بالإشارة

(١) النيل ٢ ص ١٠ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٣٥ .

(٣) الأشباه والنظائر ص ١٨٨ .

أولاً، والمعتدلاً، ولذا ذكره في الكثر بأو، ولابد في إشارة الأخرس من أن تكون معهودة، وإلا لا يعتبر. وفي فتح القدير من الطلاق ولا ينحى أن المراد بالإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقررة بتصويت مه، لأن العادة منه ذلك، فكانت بياناً لما أجله الأخرس. انتهى. وأما إشارة غير الأخرس، فإن كل معتقل اللسان فيه حلال، والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعف. وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته. وجاء في ابن عابد^(١): «ظاهر قوله من لعطين أنه لا يعتمد بالإشارة بالرأس، ويدل عليه ما في الخاوي إر هدى في فصل البيع الموقوف. فضولي باع مال غيره فبانه فسكت مأملاً. فقال ثالث هو أدب لي في الأحارة فقال نعم، فأجاره بنفس. ولو حرر رأسه سم. فلا، لأن تحريك الرأس في حق الماطق لا يعتبر اه. .

وظاهر أن اندهاب التي لا تحير الكتابة في انعقاد العقد، كذهب الشافعي، لا تحير من باب أولى الإشارة من غير الأخرس. وهذا هو أيضاً مذهب الريدية. جاء في المستزاع المختار^(٢): «واسع والشراء أيضاً يصحان من المصمت، وهو الذي اعتقل لسانه من الكلام فرفض أو غيره. عد أن كان يتكلم، ويصحان من الأخرس، وهو الذي يجمع بين الصم والعجمة، والأعم الذي يسمع ولا يبصم، فصح عقوده كلها بالإشارة التي يفهم بها مراده. فمما الإشارة من الصحيح فلا حكمة لها. .

ومذهب مالك هو أوسع المذاهب جميعاً في هذه المسألة، وهو الذي يساهم مقتضيات التعامس، من ثم وجب الأخذ به. فهو يحير انعقاد الإشارة ولو من غير الأخرس. وقد بحث عن لمسوق في حاشيته على الشرح الكبير^(٣) وعن الصاوي على الشرح الصغير^(٤) أن «يعقد بتعبد بما يدل على الرضا عرفاً،

(١) ابن عابد ٤ ص ١٤ .

(٢) المستزاع المختار ٩٢ .

(٣) حاشية المسوق على الشرح الكبير ٢ ص ٢ .

(٤) الصاوي على الشرح الصغير ٢ ص ٢ .

سواء دل عليه لغة أو لم يدل ، كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة . ولم تنفد الإشارة بين تكون من الأحرس ، بإشارة غير الأحرس معتبرة . وجاء في شرح الخطاط (١) : « وعم أيضا أنه يعقد بكل قول يدل على الرضا . وبالإشارة الدالة على ذلك وهي أولى بالخو . من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام . قال الله تعالى : آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا . والرمز الإشارة . . . وغير الأحرس كالأحرس قاله أبو الحسن في شرح مسألة المدونة المذكورة وبصه . وكذا غير الأحرس إذا فهم منه بالإشارة وإنما ذكر الأحرس لأنه لا يتأتى منه غيرها انتهى . وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود . »

(٣) التعاطي أو المعاطاة :

التعاقد بالتعاطي أو بالمعاطاة هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي . وقد اختلفت المذاهب في جوار ذلك . فالشافعي لا يجيز التعاقد إلا باللفظ عند الإمكان كما عليه ، فلا يجيز التعاقد بالتعاطي . وعلى القيص من ذلك الفقه المالكي ، فإنه يجيز التعاقد بالتعاطي ولو من جانب واحد ، ولكن العقد لا يبرم إلا بالمعاطاة من الجانبين . وفي المذهب الحنفي والحسي التعاقد بالتعاضد جائز على تفصيل سند ذكره فيما يلي . وستعرض الآن هذه المذاهب المختلفة .

المذهب الحنفي :

يمكن القول بأن التعاقد بالتعاضد أحل مكانه في المذهب الحنفي سرجا لاطمرة . فقد كان يصح في الحنفي دون القيس ، ثم أصبح يصح في الحنفي والقيس معا . وقد كان قبض الدين محمد شرطا في تمام العقد ، ثم صار قبض أحد الباديين يكفي . وبورود من تنص صر صر يدل على ذلك .

أما عن الخسيس والميس . فقد جاء في ليدائع (جرم ٥ ص ١٢٤) ما يأتي : . وذكر القسوري أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء الميسية . ورواية الجوار في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة . لأن البيع في المنة والشرع أمر للبدالة ، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاضد وهو الأحد والإعطاء ، وإنما قول لبيع والشراء بين عليهما . ولدين عليه قوله عز وجل إلا أن يكون تجارة عن ترادف مذكور . وانجارة عبارة عن جعل الشيء للغير بدل وهو تفسير التعاطي . . وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاضد وهو الأحد والإعطاء ، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والميسية جميعاً ، فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً ، فكان جازماً . . وجاء في فتح القدير (جرم ٥٠ ص ٧٧) ما يأتي ولهذا ينفرد . . . التعاطي في الميس والخسيس قبل انفس تصاب لسرقة فصاعداً والخسيس ما دونه . وقوله هو الصحيح - من قول لكرخي أنه إنما ينفرد بالتعاضد في الخسيس فقط ، وأراد بالخسيس الأشياء محقرة كالقبل والوعيف وليص والحو استحساناً معاده . قال أبو معاذ . أيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الزمان فوضع عنده فلساً وأحد رمانه ولم يتكلم ومضى . ووجه الصحيح أن المع وهو رمانة على الراضى تشمل الكل وهو الصحيح فلامع متصل وفي الإصحاح هو خلاف ما ذكره محمد في الأصل في مواضع . . وجاء في فتاوى الخايبه اصره مش لفتاوى الهندية جزء ٢ ص ١٢٧) ما يأتي وقد يكون بيع الأحد والإعطاء من غير لفظ لبيع ، ويسمى به البيع مع لفظي . . وحنيف الشيخ رحمهم الله فيه . قال بعضهم هو لبيع يختص بالمش . الخسيسة كالقل والجر والخط . وقال بعضهم يعتقد في الكل ، وإليه أشار في إجماع الصغير في أو كالة . .

وجاء في فتاوى الهندية (جرم ٣ ص ٩) وقد يكون البيع بالأحد والإعطاء من غير لفظ ويسمى هذا البيع ببيع التعاطي ، كذا في فتاوى قاصحان . ولا فرق بين أن يكون المبيع حسناً أو قبيحاً وهو الصحيح .

هكذا في اثنين . . وجاء في اربلعي (جزء ٤ ص ٤) : وقال رحمه الله
 — وبتعاط — أي يلزم بالتعاطي أيضا ، ولا فرق بين أن يكون المبيع حسيباً
 أو نقيباً . ويرى المكرحي أنه يعتقد به في شيء خسيس لجران لعامة ولا يعتقد
 في النفيس لعدمها . والصحيح الأول ، لأن حوا المبيع باعتبار لزوم لا بصورة
 التعلق ، وقد وجد التراضي من الجانبين ، فوجب أن يكون بحور . . وجاء في
 بن عابدين (جزء ٤ ص ١٦) وقوله — في خسيس ونفيس — النفيس
 ما أكثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالحجر . ومنهم من يجد النفيس بصد
 اسرفه فأكثر ، والخسيس بدونه ، والإطلاق هو المعتمد عن البحر . قلت ليس
 في البحر قوته ، والإطلاق هو المعتمد . بعد ذكره في شمول التعاطي للخسيس
 والنفيس فقال : وهو تصحيح المعتمد . قوله — خلاف المكرحي — فإنه قال
 لا يعتقد ، لا في خسيس . . وما في حوزي نقدي من أن هذا هو المشهور
 فهو خلاف المشهور كما في البحر . .

وأما عن أن قبض المدين جميع نفس بشرط وأن قبض أحد الدائنين يكفي ،
 فقد جاء في — نقد — (جزء ٥ ص ٧٧) : واحتج في أن قبض الدائنين
 شرط في — تعاضى أو أحدهما ذاب ، وتصحيح الثاني . ونص محمد رحمه الله
 عن أن ييه التعاضى بثبوت قبض أحد الدائنين ، وهذا بتسليم التمسك والمبيع ،
 وصح في أحاطة على أن تسليم المبيع يكفي لأبوي الآخر . . وجاء في شرح
 الفقيه الميرزا (أنظر فتح القدير جزء ٥ ص ١٧٧) : ثم إن محمداً رحمه الله أشار
 في جامع الصغرى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه . . وجاء في استاوى الحاشية
 ، أنط دامش هادي الحاشية جزء ٢٠ ص ١٢٧ . وقال القاضي الإمام أبو الحسن
 علي السعدى رحمه الله تعالى : لا يمكن أن لا يكون ، لا قبض الدائنين جميع ، وقال
 عنهم قبض أحدهم يكفي . . وجاء في استاوى الحاشية (جزء ٣ ص ٨) :
 « والشريفة في بيع تعاضى بأعضائه من حديد عند شمس لأثمة استاوى ، كذا
 في الكفاية وعليه أكثر المشيخ ، وفي البرارية هو اختار كذا في البحر الرائق .
 وتصحيح أن قبض أحدهما كاف لسر محمد رحمه الله على أن بيع التعاضى
 بثبوت قبض أحد الدائنين . وهذا سطر ثلث وأصح ، كذا في البحر الرائق . .

وجاء في الفتاوى البزارية (أنظر هامش العدوى الحمدية جزء ٤ ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠) ووافق الإمام الحوافي بأن التعاطي من أحد الجانبين لا يكون بيعا مطلقا مع بيان الثمن ، بل لابد في المحار من الجانبين . والكرواني على أن تسليم المبيع على وجه السع والتحكيد مع بيان الثمن بيع ، وتأويله إذا قبض المبيع لا الثمن ، أما إذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع لا يجوز . لأن المبيع أصل إلا إذا كان بيع مقايضة ، وجاء في أربلعي (حرم ٤ ص ٤) ثم اختلفوا فيما يمت به بيع التعاطي ، قبل يته بالدفع من الجانبين ، وأشار محمد أنه يكفي تسليم المبيع . وجاء في الدر المختار (أنظر ابن عابدس حرم ٤ ص ١٦ - ص ١٧) . وقيل لابد في التعاطي من الإعطاء من الجانبين ، وعنه الأكثر . قاله لفظ موسى واحنازة الزاري ، ووافق به الحوافي ، واكتفى الكرواني بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال ، وقد علمت المذنب به . وجاء في ابن عابدس (حرم ٤ ص ١٦ - ص ١٧) ، توصيحا بتقدم في الدر المختار ، ما يأتي . قوله - وولتعاطي من أحد الجانبين - صورته أن يتعاقبا على ثمن ثم يأخذ المشتري المتاع وبذهب رصا صاحبه من غير دفع الثمن ، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع ، فإن السع لازم على الصحيح ، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضى . . قوله . فتحرر ثلاثة أقوال - هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطي في مواضع ، فصوره في موضع بالإعطاء من الجانبين ففهم منه العص أنه شرط ، وصوره في موضع بالإعطاء من أحدهما ففهم منه العص أنه يكفي به ، وصوره في موضع بتسليم المبيع ففهم منه العص أن تسليم الثمن لا يكفي . .

على أنه إذا كان قبض أحد البدلين كافيا في التعاقد بالتعاطي ، فلا بد في جميع الأحوال من أن يكون كل من البدلين معلوما . على السبع مثلا يجب أن يكون كل من المبيع والثمن معلوما لتساويين ، وهو فيما يكون ثمنه غير معروف في الأسواق . فإن كان الثمن معروفا في سوق البلدة ، وكان المشتري من أهلها ،

قامت هذه الطرود قرينة على عسبه يائس . وقد جاء في هذا الصدد في فتح
 القدير (جزء ٥ ص ٨٧) . ومنها قول الدلال ليزار هذا الثوب بدرهم ،
 فقال صعه . وفي أحاسن الباطني لو قال لكم نضع قميص حطة ، فقال بدرهم .
 فقال اعزله ، فعزله فهو بيع . وكذا لو قال للقصاب متله ، فوره وهو ساكت ،
 فهو بيع ، حتى لو امتنع القصاب من دفع اللحم . أجبرهما التقاضي . وكذا إذا
 قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فورد ، بخلاف
 ما لو قال زن لي ثلاثة أرطال فورتها . له الخيار لأنه ليس بمعلوم ، بخلاف
 ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا اللحم . وكذا قوله لمن جاء بوقر بضيح فيه
 الكبار والصغار لكم عشرة من هذه . فقال بدرهم ، فعمل عشرة واحتملها ،
 فذهب بها والبايع يضرب . أو عمل النع عشرة فذهبها المشتري . ثم بيع ،
 وجاء في امتاوى اهدية (جزء ٣ ص ٩) . . . بشرط بيان النقص لا بمقاد
 هذا لبيع تسليم المبيع . . . وهذا فيما ثمة غير معلوم . وأما الخبر واللحم
 فلا يحتج فيه إلى بيان النقص ، كذا في البحر الرائق . في مورد عن أبي حنيفة
 رحمه الله تعالى إذا قال للحام كيف بيع اللحم ، قال كل ثلاثة أرطال بدرهم ،
 قال فدا أحببت منك زن إلى . ثم إذا للحام ألا ين . فله ذلك . وإن ورد
 فقص قبض المشتري كالمثل لكل واحد منهما الزحور . فإن قبضه المشتري
 أو جعله البائع في وعاء المشتري بمره . ثم أبيع وعيه درهم وفي مورد
 ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لقصاب زن لي ما عندك من اسج ،
 أو قال زن لي من هذا الحب أو قال من هذه الرح على حساب ثلاثة أرطال
 بدرهم ، فورد ، فلا خيار له . كذا في محط . . . دفع إلى بائع الحطة خمسة
 دنانير ليأخذ منه حطة . وقال له لكم يبيعوا . فقال مائة دينار . فسكت المشتري
 ثم طلب منه الحطة ليأخذها . فقال البائع عدا أدفع إليك ، ولم يجر بينهما
 بيع ، وذهب المشتري ، فجاء غدا ليأخذ الحطة وقد تغير السعر ، فليس ببائع
 أن يبيعها منه ين عليه أن يدفعها بالسعر الأول ، كذا في لقية
 ثم من هذا اللحم ، درهم ، فقال ، متوب . قال زن ، فأعطى درهما ، فأخذه .

جائز ولا بعيد الثوب ، وإن . به فوحده أنقص رجع قدره من الدرهم لأمس
 اللحم لأن الا مقدار قدر المسح المعنى . كذا في أو حذر لسكردي . رجع
 أتى قصاص كل يوم بدرهم ، والقصاص ينقطع بحمله . وبه ، وصاحب الدراهم
 يطن أنه من ، وثمن اللحم في البلد هكذا . ثم وإن المشتري في البيت يوما فوحده
 اللحم ثلاثين أسترا ، يرجع على نقصان ما يحسن قدر انقصان من الدراهم ،
 ولا يرجع بقدر انقصان من اللحم . هذا إذا كان الرجل من أهل البدة إلى
 وقع فيها أسبع . أما إذا لم يكن من أهل هذه البدة من كان غريبا ، وقد اصطاح
 أهل البدة على سعر الخبز و اللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت ، فقال
 هذا العريب خذ أو قصاص أعطى درهم خبزا وأعطى شما بدرهم ، فأعطاه
 أقل مما شاع ، ولم يعم المشتري بذلك ثم عم ، في الخبر له أن يرجع كما إذا
 كان من أهل هذه البدة . وفي اللحم ليس له أن يرجع ، لأن الاصطلاح
 والتسعير في الخبر معارف فظهر في حق الكل . وفي اللحم من العرائف فلا
 يظهر في حق غير أهل البدة ، كذا في الظهيرية . في مجموع لحوارل رجل له
 على آخر دير وطالمة ، خاء المخطوب تسعير قدر معلوما وقال لمطالب حذره بسعر
 البلد ، قال إن كان سعر البلد معلوما وهما بعبان ذلك كان بيعا تاما ، أما إذا
 لم يكن سعر البلد معلوما أو كان معلوما إلا أنهما لا يعلنان ذلك لا يكون بيعا ،
 كذا في المحيط ، وجاء في الفتاوى البرارية (انظر الفتاوى الهندية ج ١)
 ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠) . . . وكذا إذا قال المشتري كله بدرهم فكاله ولم
 يقل شيئا . قال بكم عشر من هذه الصاطيح ، فقال البائع درهم ، فأورز عشر
 وأعطى درهما وأحذه ، تم البيع . وكذا الرمان وإن كان متفاوتا . . .
 وفي الخبر واللحم يبيع بلا بيان الثمن ، وفيما سواهما كالصابون ونحوه لا . . .
 اتفق أهل بلدة على سعر اللحم والخبز وشاع على وجه لا يتفاوت ، فأعطى رجل
 ثمننا واشتراه ، فأعطى أقل من المتعارف ، إن من أهل البدة يرجع بالنقصان
 خبها من الثمن ، وإن من غير أهلها يرجع في الخبر لأن التسعير فيه متعارف . . .

دفع الصابون إلى بقال للبيع بلا ذكر الثمن ، أو أخذه منه بحجة الشراء بلا ذكر الثمن ، لا يجعل بيعا . والحاصل أن قياسى الخبز واللحم لا بد من بيان الثمن حتى يكون بيعا بالتعاطى . له عليه عشرة طلبها منه ، فأعطاه ألف من من الخنطة ولم يذكر بيعا ولا مقاصة بالدين ، يكون بيعا ، وإن كانت لاتبى بالدين . إن كان السعر معلوما فيبيع بقدر قيمتها ، وإلا فلا بيع وجاء أن الثورى جاء إلى فكها فى ووضع عنده فلما وأخذ رمانة ومضى ولم يتكلم ، وبه أخذ الفقيه ، لكن لما يجوز عند ظهور السعر ، فأما ما يحرى به التراجع فلا ، حتى يكون تجارة عن تراض وجاء فى ابن عابد بن (جزء ٤ ص ١٦ — ص ١٧) وهذا فيما ثمنه غير معلوم ، أما الخبر واسم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ، ذكره فى البحر . والمراد فى صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود معلوم . لكن المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه ط . وفى الفنية دفع إلى بائع الخنطة خمسة دنانير ليأخذ منه خنطة ، وقال له بكم تبيعها ، فقال مائة بدينار ، فسكت المشتري ثم طلب منه الخنطة ليأخذها ، فقال البائع غدا أدفع لك ، ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ الخنطة وقد تعير السعر ، فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول . قال رضى الله عنه وفى هذه الواقعة أربع مسائل ، إحداها الاعتقاد بالتعاطى ، الثانية الاعتقاد فى الخسيس والنفس وهو الصحيح ، الثالثة الاعتقاد به من جانب واحد ، الرابعة كما يعتقد بإعطاء المبيع يعتد بإعطاء الثمن . قلت وفيها مسألة خامسة أنه يعتد به ولو تأخرت معرفة الثمن لكون دفع ثمن قبل معرفته بحر طالب مديونه فبعث إليه شعيرا قدرا معلوما ، وقال حذو سعر البلد ، والسعر لها معلوم ، كان بيعا وإن لم يعلم فلا

والتعاطى ، ولو من جانب واحد ، فعل يتضمن الدلالة على الرضا . ومن ثم يؤخذ بهذه الدلالة إلا إذا عارضها الظاهر . فلو صرح أحد الطرفين بأنه يرفض التعاقد ، فإن دلالة الرضا المستفادة من التعاطى تنقضى ، ولا يتم العقد . والرفض الصريح ينقض الرضا الصمى المستخلص من التعاطى ، حتى لو كان هذا

الرخص الصريح يجوز حمله على غير طاهره ، بأن يحمل على تطاهر المتعاقدين بالرفض لتطهير قلب المتعاقدين الآخر وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحة . وهذا لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو تقديم اللفظ على غيره . إدهو أدل على الإرادة الطاهرة . وقد جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) في هذا المعنى ما يأتي : « دفع إليه دراهم ليشترى منه البطاطيح المعينة ، فأخذها ويقول لا أعطيها بها ، وأخذ المشتري منه البطاطيح فلم يستردّها ، ويعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع . وإلا يكون راضيا . يصبح حلفه لا أعطيها تطيباً لقلب المشتري ، فقال مع هذا لا يصح البيع . كذا في الفقيهه . وجاء في الدر المختار (انظر ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : « فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيح ، والبائع يقول لا أعطيها بها ، لم يتعقد . وعق ابن عابدين في حاشيته على هذا القول بما يأتي (ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : قوله — لم يتعقد — أي وإن كان يعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع ، وإلا يكون راضيا به . يصبح حلفه لا أعطيها تطيباً لقلب المشتري ، فإنه مع هذا لا يصح البيع . قنية . »

وحتى يتعقد العقد بالتعاطي لما يتضمن من الدلالة على الرضا ، يجب أن تنصرف هذه الدلالة إلى رضا صحيح . أما إذا كان التعاطي مجرد تنفيذ لعقد سابق ، وكان هذا العقد السابق باطلاً أو فاسداً ، انعدمت الدلالة المستفادة من التعاطي ، وبقي العقد على حاله باطلاً أو فاسداً بعد التنفيذ . كما كان قبل التنفيذ . جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « اشترى وسائد وطناص لم تنسج ولم يذكر الأجل ، لا يصح ، ولو نسج الوسائد وسلمها لا يصح . والتعاطي إنما يكون بيعاً إن لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل ، وأما إذا كان بناء عليه فلا ، كذا في الوجيز لسكردي . » وجاء في الدر المختار (انظر ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : « كما لو كان بعد عقد فاسد ، خلاصة وبزارية وصرح في البحر بأن الإيحاب والقبول بعد عقد فاسد لا يتعقد بهما البيع قبل مشاركة الفاسد ، ففي بيع التعاطي بالأولى ، وعليه فيحمل ما في الخلاصة وغيرها على ذلك ، وتامه في الأشباه من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن . »

والمبى على فاسد فاسد . وجاء في ابن عابدين (٤ ص ١٦ — ص ١٧) تعيقا على هذا القول ما يأتي : قوله — كما لو كان — أى البيع بالتعاضى بعد عقد فاسد . وعادة الخلاصة اشترى رجل من وسائدى وسائده ووجوه الطافس وهى غير مدموحة بعد ، ولم يضر ماله أجلا . ثم يجر . فلو سح الوسائده ووجوه الطافس وسد إلى المشتري لا يصير هذا بيعا بالتعاضى ، لأهمائسدن بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باضلاء اه . وعادة لبرهنة : والتعاضى إنما يكون بيعا إذا لم يكن ثناء على بيع فاسد أو باطن سابق ، أما إذا كان ساء عليه فلا اه . قوله — لا يعتقد بها السع قبل مشاركة الفاسد — يفرغ عليه ما فى الخاية . لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ، ثم أعياه عدا فقال قد بعنى ثوبك هذا بألف درهم ، فقال بى . فقال قد أحسنه . فهو باطل . وهذا على ما كان فيه من البيع الفاسد . فإن كان تشارك البيع فاسد فهو حائر اليوم اه . قلت لكن فى النهاية واعتج وغيرهما عند قول الهداية : ومن باع صورة طعام كل فقير بدراهم اء . لبيع بالرقم فسد لأن فيه زيادة حكمة تمكك فى صلب انعقد . وهى جهاله بشر : فم لا يعبه المشفى فصار عمرة الفهر . وعن هذا قال شمس الأئمة الخلوانى وإن عذر بالرقم فى المجلس لا يقلب ذلك العقد جائزا ، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضى به المشتري ينعد منها عقد بالتراضى اه . وعبر فى الفتح بالتعاضى والمراد واحد . وسينى أيضا فى باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لا يصح ، وأنه لو باعه ثم عد وسد يتم البيع فى رواية ، وظاهر الرواية أنه لا يتم ، قال فى البحر هاء وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعد بيعا بالتعاضى اه . وظاهر هذا عدم اشتراط مشاركة الفاسد . وقد يجاب ... بحمل الاشتراء على ما إذا كان التعاضى بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كإهنا ، والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المشاركة ، أما فى المجلس فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المشاركة صحتا تأمل . ويحتمل وهو الظاهر أن يكون فى المسألة قولان ... هذا وما ذكره عن الخلوانى فى البيع بالرقم يحلله فى الهدية آخر باب المراجعة ، وذكر أن العلم فى المجلس يجعل

كانتداء العقد ، ويصير كتحجير القبول إلى آخر المجلس ، وبه حرم في الفتح
هناك أيضا . قوله — في بيع التعاطى بالأولى اح — مأخوذ من البحر حيث
قال في سح التعاطى بالأولى وهو صريح الخلاصة والبرارية أن التعاطى بعد
عقد فاسد أو باطل لا يعقد به السع لأنه بناء على السابق وهو محمول على
مادكرناه هـ . وقوله على ما ذكرناه أي من أن عدم الاعتقاد قبل متاركة
الأول ، وهو معنى قول الشارح ، فيحتمل ما في الخلاصة وغيره على ذلك .
ومرادنا عما في الخلاصة ما قدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد ، ونقائما
عباراتها وعبرة البرارية وليس فيها التميز بما قبل متاركة الأول فقيده الشارح
تبعا للبحر لئلا يخالف كلام غير ما فهم . . قوله — إذا ظل المتضمن
بالسكر بطل المتضمن بالفتح — فإيه لما على البيع الأول بطل ما نصه من
القبض إذا كان قبل المتاركة .

بق ، بعدما نعلم ، أن يورد صور أم يبيع التعاطى كما وردت في النصوص .
جاء في فتح القدير (٥ ص ٧٧) : « وفي المسألة على آخر ألف درهم ، فقال
الذي عليه المال بلدي له المال أعطيت ثمانين دينار ، فساومه بالدينار ولم يقع
بيع ، ثم فارقته فحماه به فدفعها إليه يريد أن يكل ساومه عليه . ثم رقه ولم يستأنف
بيعا ، حار هذه الساعة . وكذا لو ساء رجلا نسي . وليس معه وعاء ثم فارقته
وعاء ما وعاء فأعطاه ثمن وكأله له . جـ . ومن صورها إذا جاء المودع بأمة
غير المودعة ، وقال هذه أمك وأخودع بعد أنها ليست إياها . وحلف ،
فأحدها ، حل الوطء للمودع ولأمة . وعن أبي يوسف لو قال لحبيط
ليست هذه طائتي ، حلف الحياض أنها هي ، وسعه أحدها . وجاء في الفتاوى
المهدية (٣ ص ٩) . « ومن يبيع التعاطى تسليم المشتري ما اشتراه إلى من
يطلبه بأشقة في موصوع لاشقة فيه . وكذا تسليم الوكيل بعد ما صار شراؤه
نفسه إلى الموكل إذا قبضه الأمر وأسكر الأمر وقد اشترى له . كذا في البحر
الرائق نقلا عن المحتجب . ومن صورها إذا جاء المودع بأمة غير المودعة
وقال هذه أمك ، والمودع بعد أنها ليست هي ، وحلف ، فأحدها ، حل

الوطء لمودع وللأمة بالتمكين . وعن أبي يوسف لو قال للحياط ليست هذه بطاقتي ، وحلف الحياط أنها هي ، وسعه أخذها ، كذا في البحر الرائق . وكذا القصار إذا رد ثوبا آخر على رب الثوب وكذا الإسكاف ، كذا في الوقعات الحسامية . . وجاء في الفتاوى البرارية (انظر الفتاوى الهندية ٤ ص ٢٦٨ — ص ٢٧٠) : « اشترى وقرا ثمانية ، ثم قل أنت بوقر آخر وألقه ها ، ففعل ، له طلب الثمن . . . اشترى من القصاب لحما بدرهم ورفا وقبضه ، إن كان القصاب دح شانه وباع منه يحل للمشتري الأكل قبل الوزن . . . وللاحتياط كان السلف يمسكون الموارس في البيوت ، . وجاء في اس عابدين (٤ ص ١٦ — ١٧) : « وهو (أي بيع التعاطي) يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب ، لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي . أي حيث قال إن حقيقة التعاطي وصح انشئ وأخذ المثل من تراض منهما من غير لفظ . وهو يفيد أنه لابد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاوضة وهي مفاعلة ا هـ . قلت وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه من الفتح من أنه لو قال بعثك بألف . فقبضه المشتري ولم يقل شيئا ، كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطي خلافا لما جعله منه ، فإن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة انشئ . . . الإقالة تنعقد بالتعاطي أيضا من أحد الجانبين على الصحيح ا هـ . وكذا الأجارة كما في العمارة ، وكذا الصرف كما في النهر مستدلا عليه بما في التارخاية ، اشترى عبدا بألف درهم على أن المشتري بالخيار ، فأعطاه مائة دينار ، ثم فسخ البيع . فعلى قول الامام الصرف جائز ويرد الدرهم ، وعلى قول أبي يوسف الصرف باطل . وهي فائدة حسنة لم أر من تبه عليها ا هـ . . . ومن بيع التعاطي تسيب المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لا شفعة فيه . وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعدما أسكر التوكيل . ومنه حكما إذا جاء المودع أمة غير المودعة ، وحلف ، لمودع وطؤها وكان يبيع بالتعاطي . وعن أبي يوسف لو قال للحياط ليست هذه بطاقتي ، حلف الحياط أنها هي ، وسعه أخذها . وينبغي تقييده بما إذا كانت العين للدافع .

ومنه لوردها بخيار عيب والبايع متيقن أنها ليست له فأخذها، ورضى بها كما في الفتح وعلى هذا فلا بد من الرضا في جارية الوديعة والبطانة، وتماه في البحر . . وفي الدر المختار ما يستجره الإنسان من البيع كالكريت والعنيس والملح وما شاكل، إذا حاسبه على أنماها بعد استهلاكها، جاز استحسانا . . ويمكن أن نستخلص من القواعد التي سطرناها والنصوص التي قدمناها النتيجةين الآتيتين :

(أولاً) إذا جبر عقد التعاطى بادی الأمر في الحسب دون النفيس، واشترط قبض البدلين، فقد يحمل ذلك على أنه مطاوعة للعرف فيما ألف التعامل فيه بالتعاطى . وأنه زول عند حكم الواقع بعد قبض البدلين وتام تنفيذ المقدم . (ثانياً) ولكن التعاطى اعتبر بعد ذلك، لا على الوجه المتقدم، بل من طريق ما يتضمن من الدلالة على الرضا . فالمراد هنا — وهو التعاطى — يعدل القول . ويحور إذن التعبير عن الإرادة بالفعل كما جار التعبير عنها باللفظ فبشمل التعاطى الحسب والنفيس، وبكى فيه قبض أحد البدلين، مادام أنه في الحالين يدل على الرضا. وفي هذا رد فعل ضد الإمعان في النقطية وتخفيف من أثر تقديم اللفظ على غيره من مظاهر التعبير عن الإرادة . ومن النصوص التي نقلناها فيما تقدم ما يؤكد اعتبار الفقهاء للتعاطى من جهة دلالة على مع الرضا . من ذلك ما نقلناه عن فتح القدير : « وقوله هو الصحيح احتراز من قول الكرخي إنما يعقد بالتعاطى في الحسب فقط . . . وجه الصحيح أن المعنى ، هو الدلالة على الرضا ، يشمل الكل (أى الحسب والنفيس) وهو الصحيح ، فلا معنى للتفصيل . ومن ذلك أيضاً ما نقلناه عن الزيلعي : « ولا فرق بين أن يكون المبيع حسيماً أو نفيساً : ورغم الكرخي أنه يعقد به في شيء حسيب لجريان العادة ولا يعقد في النفيس لعدمها ، والصحيح الأول لأن جوار البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ : وقد وجد الرضا من الجانبين فوجب أن يجوز . »

ومما يؤكد أن الفقهاء في النهاية اعتبروا التعاضى من جهة دلالة على معنى التراضى لصحيح ، أنهم استبعدوه في كل موضع ينتج فيه هذه الدلالة : استبعدوه إذا تعارض مع الرخص الصريح ، واستبعدوه كذلك إذا كان مجرد تنفيذ لعقد باطل أو فاسد .

مذهب مالك :

ومذهب مالك يحرم التعاقد بالمعاضاة ، دون تمييز بين حسيب ونفس ، وسواء تم قبض البديلين جميعاً أو قبض أحد البديلين دون الآخر ، مادام كل من البديلين معبوماً . ولا يظهر في مذهب مالك لتدرج لدى لاحطاء في مذهب أبي حنيفة ، فهو يحرم التعاقد بالمعاضاة نظيرة في جميع الصور ، غير أن العقد الذي يتم بالمعاضاة لا يكون إلا ما عدا مالك إلا قبض البديلين جميعاً . أما إذا قبض أحد البديلين دون الآخر فإن العقد يتم ، ولكن لا يكون إلا ما فيجوز الرجوع فيه . وإليك بعض النصوص التي بسط هذه الأحكام :

حاء في الشرح الكبير لتدريج (حرم ٣ ص ٣) : وإن حصل الرضا بمعاضاة ، بأن أحد المشتري المبيع يدفع للبائع اشئ ، أو يدفع البائع للمبيع ويدفع له الآخر ثمة ، من غير تكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات . ولزوم البيع فيها ، بقبض أى قبض الثمن والممنوع ، وأما أصل البيع فلا يتوقف على ذلك حلاله لما يرويه المصنف ، فمن أحد ما عدا ثمة من مالكة ولم يدفع له ، فمن فقد أحد أصل العقد لا يرويه ولا يتوقف العقد على دفع ثمن ، فيجوز أن ينصرف التلاكل ويحرم قبل دفع ثمة . فلو قال المصنف وإن أعطاه لكل أحس ، أى وإن كان التلاكل على الرضا إحصاء ولو من أحد الحائزين إذ كلامه في الاستبعاد ولو بلا وجه ، . وقال الدسوقي تعليقاً على ما تقدم : قوله - وإن معاضاة - أى - إذا كان الرضا غير معاضاة ، فإن كان قولاً أو كتابة أو إشارة ، فإن كان دليل الرضا معاضاة وفاقاً

لأحد وخلافاً للشافعي القائل لا بد من القول من الجانبين مطلقاً ، أى كان المبيع من المحقرات أم لا ، ولأبي حنيفة في غير المحقرات فلا بد فيها من القول عدّه من الجانبين وتكفي المعاوضة في المحقرات . قوله — ولزوم البيع فيها — أى في المعاوضة «التقاضى أى بالنقص من الجانبين ، من أحد رغبتاً من شخص ودفع له ثمنه لئلا يجور لغيره وأخذ بدله للثمن في التماثل ، بخلاف ما لو أخذ الرغبت ولم يدفع ثمنه فيجور له رده وأخذ بدله لعدم لزوم البيع ، قوله — ولا شوق العقد — أى صحة العقد وقوله — فيجوز أن يتصرف فيه بالاكل ونحوه — أى كالصدقة — قبل دفع ثمنه ، أى إن وحده من الآخر ما يبدل على الرضا إلا لم يتعقد بيع بينهما وأكله غير حلال .

وحاء في شرح الصغير للرددي (جرم ٢٠ ص ٣) : « إن كان ما يبدل عليه معاوضة من الجانبين ولو في غير المحقرات كالتياب والرفيق فإن يدفع المشتري الثمن سائح ويأخذ ثمنه أو يدفعه له السائح ، ويقبل لصاوي تعليقا على ذلك ، وقوله — معاوضة — أى وهما لأحد ، وحدها للشافعي القائل لا بد من القول من الجانبين مطلقاً ، كان المبيع من المحقرات أم لا . وقوله ولو في غير المحقرات — رد على أبي حنيفة في اشتراطه القول في غير المحقرات ونحن نحرّم المعاوضة حيث أمادت في العرف ، ولا نذهب إلا بالدفع من الجانبين . فيجوز التمدد في نحو الخبز بعد أخذه وقبل دفع الثمن لانه لا عدّه ، سر يويه واشك في التماس كتحقق العاقل ولا بد من معرفته ثمنه للاستئمان ،

وحاء في الخطب (جرم ٤ ص ٢٢٨) : « ... أن الركن الأول لبدى هو الصيغة التي يعقدها المبيع ، هو ما يبدل على الرضا من الجانبين ويسمى لإيجاب وما يبدل على الرضا من المشتري ويسمى انقباض . وسواء كان الدال قولاً أو كقول البائع . بعتك وأعطيتك وملكتك سكند وشبه ذلك ، وقول المشتري اشتريت وملكت واشتريت وقبضت وشبه ذلك ، أو كان فعلاً كالمعاوضة وهي المناولة قاله في الصحاح ، وقال الشيخ روق ، هي أن يعطيه اثنان فيعطيه المثل من غير إيجاب ولا استيجاب لأن الفعل يبدل على الرضا عرفاً والمقصود من

البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترصاه ، فلا يشترط القول وبكفي الفعل كالمعاطاة . . . أن الدال على الرضا المسمى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولاً . . . وتارة يكون فعلاً واحتلف فيه . وذهب مالك رحمه الله وجماعة إلى الاكتفاء بذلك ، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول . قال ابن رشد في المذهب واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا واحتلوا في انعقاده بالمعاطاة . وذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقاً . وقال أبو حنيفة ينعقد بها في المحقرات خاصة وإليه مال العراقي اهـ . واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع ، فلا ينعقد به البيع . واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منك ، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فسخ وإن كان ذلك لفعل معاطاة . ولما كان الفعل مختلفاً في انعقاد البيع ، به نبه على ذلك المصنف بقوله وإن بمعاطاة يعني أن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية وإن كان ذلك للفعل معاطاة . وعلم من هذا أن بيع المعاطاة المحضه العاري على القول من الحائنين لا بد فيه من حضور اثنين والمتضمن ، ولذا قال ابن عرفة أثناء كلامه في بيعتين في بيعة وبياعات زماننا في الأسواق ، إنما هي بالمعاطاة فهي محضة قل قبض المبيع .

وحاء في تهذيب الفروق (حرم ٢ ص ١٨١) : الفرق السابع والخمسون والمائة بين قاعدة البيع ، توسع العلماء فيه حتى حرم مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة وهي الأفعال دون شيء من الأقوال ، ورادوا على ذلك حتى قالوا كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع . قال الشافعي لا تنكفي المعاطاة دون قول . وقاعدة الكاح وقع التشدد فيها فقد اتفقوا على اشتراط الصبح فيه حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة ، ويفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح على هذا بأربعة

وجوه مبنية على أربع قواعد : (الوجه الأول) أن الكساح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه أنه ترويج لأرنا وسفاح بخلاف البيع . . وليس الإشهاد شرطاً في البيع فلذا جوزوا فيه المأولة . .

المذهب المأثري :

وفقه أحمد بن حنبل يجوز المعاوضة كفقه مالك وفقه أبي حنيفة . جاء في المعنى (جرد ٤ ص ٤) . . الضرب الثاني المعاوضة ، مثل أن يقول أعطى بهذا الدينار حزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه . فهذا بيع صحيح . نص عليه أحمد فبمس قال الخبار كيف تنبع الخبز قال كذا بدرهم قال رنه وتصدق به فإذا وره فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا ، فإنه قال يقع بيع مما بمنقذه الناس بيعاً . قال بعض الحنفية يصح في خسائس الأشياء وحكى عن القاضي مثل هذا ، قال يصح في الأشياء اليسيرة دون الكبيرة . ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا . ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه في القرض والاحرار والتمرق ، والمسنون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ، ولم يقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً . ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله . ولم يتصور منهم إهماله والعفلة عن نقله ، ولأن البيع مما نعم به الهوى ، فهو اشترط له الإيجاب والقبول ليبين صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ولم يحف حكامه لأنه يفضي إلى وقوع العقود القائمة كثيراً وأكلهم المال الباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاوضة في كل عصر ولم ينقل إنكاره . . فكان ذلك إجماعاً ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك ،

ولسكات أكثر عقود المسلمين فاعدة وأكثر أموالهم محرمة، ولأن الإيجاب والقول إيجابان للدلالة على الرضا، وإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأحزأ عنهما لعدم التعبد فيه^(١)، وجاء في لفروع (جزء ٢، ص ٤٤٢) : «وبصح بيع المعاوضة نحو أعطى بدرهم حبرا فيعطيه ما يرضيه أو خذ هذا بدرهم فيأخذ... ومثله وضع ثمنه عادة وأحده وكراهة، فتحرير بنته بجهار إلى روح تملك في الأصح، وذكر ابن عقيل وغيره صحة الهبة ولا بأس بدوقه حال الشراء، نص عليه وقال أيضا لأدبى ألا أن يستأذن».

أما لشافعي فلا يبحر التعاقد بالمعاوضة لأنه يمتنع في الأحكام بالنقطة كما رأينا فيما تقدم. جاء في المهر (١٠٠ ص ٢٥٧) : «ولا ينعقد لبيع إلا بالإيجاب والقول، فأما المعاوضة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليه». وجاء في الوحي (حر ١ ص ١٢٣) : «ولا تسكن المعاوضة... أصلا».

ومذهب الشيعة الجعفرية كذهب الشافعي لا يبحر العقد بالمعاوضة. جاء في مفتاح الكرامة لمعامل (جزء ٤ ص ١٥١ و ص ١٥٤ و ١٦٣) : «لا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطن... فلا ينعقد شيء من الكسبيات كالتسليم... وكذلك الحال في حاب القبول وسائر العقود... ولا تسكن المعاوضة... ولا تسكن الإشارة... لا مع العهر».

وفي مذهب الأئمة خلاف في جواب «تعاقد بالمعاوضة» جاء في النبل (حر ٢ ص ١١) : «وإن اتفقا على كس معهود، فهو إن أشأ أولا ثم كيل الباع أو عكسه، فمن عى ذلك لا يعتد به، أو من قس وزن أشأ حى به فقبضه أباع، قبل ينعقد به ثم يد حقيقته المعاوضة. وقد وقع ودفع البديل يمين «صمان، أولا، قولان».

(١) انظر أيضا السرح الكبير على المسح حر ٤ ص ٤.

وفي كتب الفقه المقارنة تحصيل الخلاف فيما بين المذاهب في التعاقب
أرجحه الشعراني كعادته إلى مرتبتي الميراث. قال في الميراث الكبير (ج ٢
ص ١٧٢) . ومن ذلك قول الشافعي في أرجح قولي وأني خيفة وأحمد
في إحدى الروايتين عليهما أنه لا يعقد البيع بالمعاوضة (١) ، مع قول مالك
إن البيع يعقد بها . فالأول مشدد ، والثاني مخفف . ورجع الأمر إلى مرتبتي
الميراث . ووجه الأول قوته صلى الله عليه وسلم إنما يبيع عن تراص ، والرصاص
حتى ، فاعتبره دليل على ذلك من المنط . لا سيما إن وقع تنازع بعد ذلك
بين البائع والمشتري وترافعا إلى الحاكم ، فإنه لا يقدر على الحكم بشهود إلا
إن شهدوا بما سمعوه من المنط . ولا يكفي أن يقول رأيه يدفع إياه دنائير
مثلا ثم دفع إياه الآخر حمارا مثلا . ووجه قول مالك ومن وافقه أن القرينة
تدلي في مثل ذلك ، وهو قبول البائع الثمن واعتناؤه المبيع للمشتري ولو أنه
لم يرصده لم يمكنه منه . وهذا خاص بالأكثر من أهل الدين الذين لا يدعون
باطلا ويريدون الخط الأول لأحبه كما كان عليه لسبب الصالح وأهل الصدق
في كل من . وأما الأول فهو خاص بالنساء الذين المؤثرين أنفسهم على
إخوانهم ، بل ربما رد أحدهم شهادة من شهد عليه بتحقيق وطعن في شهود
حصة . ومن ذلك قول بعضهم إنه لا يشترط اللقطة في الأشياء الخفية
كزغيف وحزمة نخل ، مع قول بعضهم إنه يشترط . فالأول مخفف ، والثاني
مشدد ، على من ما تقدم في الأمور الخطيرة . وصابط الخطير والحقير أن
كل ما يحتاج الناس فيه إلى التراجع إلى الحكماء فهو خطير ، وكل ما لا يحتاجون
فيه إلى ذلك فهو حقير .

(٤) أي موقف آخر يدل على الرضا .

وإذا بعد ما قدمناه أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي ، في مذاهبه
المختلفة ، أن هناك ميلا واضحاً إلى العدول عن مذهب اللقطة الصيق الذي

(١) يبدو أن نقل مذهبي أبي حنيفة وأحمد هنا غير دقيق ، كما يظهر مما قدمناه .

الترمه الشافعي في بعض الروايات عنه . وإلى اعتبار التعاقد جائزا بالرسالة
وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطي ، من حيث دلالة كل ذلك على التراضي ،
ومن ثم إلى اعتبار التعاقد جائزا باتخاذ أي مسلك آخر لاندع ظروف الحال
شكاً في دلالته على التراضي . وفي هذا يتلاقى الفقه الإسلامي مع لفقه العربي .
وأينا في نصوص المذهب الحنفي ما يؤيد ذلك . فقد سبق أن نقلنا عن
الزيلعي (جزء ٤ ص ٤) قوله . « جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة
اللفظ ، . ونقل عن السرخسي في المسوط (جزء ١١ ص ١٥٠) . « العقد
قد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح ، . ونقل عن الكاساني في البدائع
(جزء ٥ ص ٢٦١ - ٢٦٢) . « الشرط قد يثبت نصاً أو دلالة . . . وأما
الاحتيار من طريق الدلالة فهو أن يرجح منه فعل في أحدهما يدل على تعيين
المثل فيه ، وهو كل تصرف هو دليل احتيار المثل في الشراء بشرط الخيار
ويقول الكاساني أيضاً (جزء ٥ ص ٢٧٠) : « ولو كان المبيع دابة وركبها ،
فإن ركبها لحاجة نفسه كان إحارة وإن ركبها لبسقيها أو يشترى لها علفاً أو
ليردها على بائعها ، فالقياس أن يكون إحارة لأنه يمكن أن يفعل ذلك
قوداً ، وفي الاستحسان لا يكون إحارة وهو على خياره لأن ذلك مما لا بد
منه ، خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لا تفقد بالقود فنكان ذلك من
ضرورات الرد فلا يجعل إحارة . ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره ،
لأنه لا بد له من ذلك للاحتيار . بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها بعد ما علم
بالعيب يبطل خياره لأن له منه بدا ، ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة
سيرها ، فكان دليل الرضا بالعيب . وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص ٩) :
« فإن من المروغ ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم ، فأكله ، ثم البيع وأكله
حلال ، والركوب والنس ، بعد قول البائع أركبها بمائة والسه بكذا ، رضا
بالبيع . وكذا إذا قال بعثتك ألف ، فقبضه ولم يقل شيئاً ، كان قبضه
قبولاً ، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن
فقط ، في جعل الأخيرة من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظراً . . »

ونرى ابن عابدين هنا يميز تمييزاً دقيقاً بين بيع التعاطى والبيع الذى يتم بالإيجاب والقبول ويكون الإيجاب فيه باللفظ أما القبول فيكون فعلاً يدل على الرضاء . وقد سبق أن نقلنا منه فى هذا المعنى ما يأتى (جزء ١ ص ١٦ - ص ١٧) : « لو قال بعثك ألف ، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولاً وليس من بيع التعاطى . خلافاً لمن جعله منه ، فإن التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن . »

ورأينا فى نصوص مذهب مالك ما يؤيد ذلك أيضاً . بل إن مذهب مالك هو أكثر المذاهب اتعاضاً عن اللفظية ، وأقربها إلى الأحاد بالدلالة العرفية دون الدلالة الوصية . وقد سبق أن نقلنا عن الخطاب (جزء ٤ ص ٢٢٨) ما يأتى : « واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوصية فعنها دلالة عرفية . وهى كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس مسكاً ، فتكفى دلالة العرف فى ذلك على طيب النفس ، والرضا بقول أو فعل . » ومالك ، كما نقلنا عن المعنى (جزء ٤ ص ٤) ، يقول : يقع البيع بما يعتقد به الناس بيعاً .

ورأينا فى نصوص مذهب أحمد ما هو صريح فى هذا المعنى . فقد نقلنا عن المعنى أيضاً (جزء ٤ ص ٤) : « . . . ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضى ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه . »

ويؤكد الفقهاء المحدثون هذا المعنى فى عبارات واضحة صريحة . من ذلك ما يقوله الأستاذ على الخفيف (أحكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ - ١٥٦) « الثالث أنها تتم بلفظ أو فعل يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف أو لم يجر ، ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا لافى شرع ولا فى لغة ، بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددتها ، كما فى تنوع اللغات وتعددتها . فإن لمعنى السع والإجارة والرهن وغيرها من

العقود ألفاظاً كثيرة متعددة في جميع النعات ، ولا يجب على الناس أن يقتصروا على لفظ واحد . وكذلك يسوغ لكتبة عند الكتائين ، والإشارة عند المحرسين ، ولا يفيد كتابة خاصة ولا إشارة خاصة مادم الإيهام متوافراً ، لأنه المأخذ . وما اعتبرت الألفاظ والكتابة الإشارة إلا دلال عليه ، ولست في الواقع إلا أفعالا قد تقوم بها أسنان أو ألسن أو أيدي ، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على العرض منتهية ، إذ يفرضها فيها حينئذ تعتبر تحكما ليس له مبرر . وإذن فالعبرة بالإيهام ، سواء أكان كل من الإيجاب والقبول كلاماً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً أم كان أحدهما كلاماً والآخر كتابة أو إشارة أو فعلاً ، فإذا قلت لإسحاق : اكتب لي كتاباً بحميتي ، فسميته إليه ، ثم لسع ، وإذا ركت لتمام ، فأخذه منك الكساري أخر ركوبك . تمت الإجارة . وإذا دفع الثوب إلى الخائف ، فأخذه منك ، تمت الإجارة . وهكذا . وهذا ما يتفق مع أصول مذهب مالك . وهو ظاهر مذهب أحمد وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندي لقوة مساهم . ومن ذلك أيضاً ما يقوله الأستاذ محمد أبو رهرة (المسكية ونظرية العقد ص ٢٠٥ - ٢٠٦) : ... فكل ماعده الناس دال على البيع يعقد لسع به ، وكل ما يعتبره الناس دالاً على الإجارة فالإجارة تعقد به وليس لذلك حد لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع الناس ، كما تنوع لغاتهم . ولا يجب على الناس أن يقتصروا على نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعقد به غيرهم من أهل لغة أخرى ، إذا كان مانعاً ودوا به دالاً على مقصودهم ، وإن كان قد يستحب بعض الصفات النفضية للاستيثاق من حكاية لصورة الحصة للنية الحقيقية والضمير المستكن . وهذا القول هو الغالب على أصول مالك ، وظاهر مذهب أحمد . ومن ذلك أيضاً ما يقوله الأستاذ محمد يوسف موسى (الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) : « وأخيراً نجد مذهباً أشد تبسيطاً من سابقه ، وهو الذي يرى أن العقد ،

مهما كان أمره وموضوعه ، يعتقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا ليس فيها عني إرادتي كل من طرفيه ، سواء كان العهد على هذا الوصف متعارفا أم غير متعارف . فكل ما يدل على البيع يتعقد به ، وكل ما يدل على الاجارة يتعقد بها ، وكذلك الشركة والوكالة والسلم والعقود الأخرى على اختلافها وتعددتها . إن الضابط عند الدين دهورا هذا المذهب هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بيقين عني ما يريدانه من إنشاء العقد وإبرامه ، دون نظر إلى ما تمورف من الصيغ والأشكال التي يعقد بها المتعقد . وهكذا نرى هذا الرأي يسير في عدم الشككية ، إلى أقصى الحدود ، وهو الرأي الغالب على أصول مذهب مالك ، كما أنه ظاهر مذهب ابن حنبل ، وهو ما نرصده رأي الناظر (١) . كل هذا يدل على أن من المقبول في الفقه الإسلامي ، وهذه النصوصه ، القول بأن أي مظهر للتعبير عن الإرادة ما دام قاطعا في دلالة على الرضاء يكون في انعقاد العقد . وعلى هذا التخرج جرت المسادة ٧٩ من التقنين المدني العراقي الجديد بما يأتي : « كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة ، يكون بالمسكائية ، وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأحرار ، وبالمبادلة العقلية الدالة على التراضي ، واتحاد أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شك في دلالة على التراضي » .

(٥) السكوت :

يقى السكوت على اعتبار أنه دال على الرضاء . والسكوت مظهر للتعبير عن الإرادة يختلف عن جميع المظاهر الأخرى التي قد منها ، بأنه موقف سلبي محض .

(١) وشهر كل من الامام محمد أبو هريرة والاسناد محمد يوسف موسى الى فتاوى ابن بيمية جزء ٢ ص ٢٦٧ - ص ٢٧١ . وقد جاء في هذه الفتاوى ما يأتي . « انها (أي العقود) تصح بالافعال كالبيعان بالمعاطاة والوقوف في مثل من سبي مسجدا واذ بالناس في الصلاة فيه ، او سبل أرضا للدفن ، او سبي مطهره وسلبها للناس . وبعض أنواع الاجارة ، كمن دفع ثوبه الى غسال أو حياط يعمل بالاحرة ، او ركب سفينة ملاح ، وكالهدية ويحسب ذلك . فان هذه العقود لو لم تتعقد بالافعال الدالة عليها لفسدت أمور الناس . ولان الناس من ليس على الله عليه وسلم الى يومنا هذا ، ما زالوا يتعاملون في مثل هذه الاشياء بلا لغف ، بل بالفعل الدال على المتعقد . وهذا القول يسير على أصول أبي حنيفة ، وهو قول في مذهب احمد » (فتاوى ابن بيمية جزء ٢ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

فالساكت لم يعبر بطريق إيجابى عن أية إرادة . لذلك قيل فى الفقه الإسلامى ، لا ينسب لساكت قول ، ، ويصدق هذا على الإيجاب دون القول ، فلا إيجاب لا يمكن أن يستحص من محض السكوت . أما القول فيجوز استحلاصه من الظروف الملازمة ولذلك قيل تكملة للعبارة الأولى : « ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان ، . »

وقد جاء فى الأشباه والنظائر لاس نجيم (ص ٧٨) بيان للحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا نظرا لظروف الملازمة مما يأتى : « لا ينسب إلى ساكت قول فهو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم يبه لم يكن وكلا سكوته ، ولو رأى القاضى الصبي أو المعتوه أو عدهم يبيع ويشترى فسكت لا يكون إذا فى التجارة ، ولو رأى المرئى الراس يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن ولا يكون رصا فى رواية ، ولو : أى غيره بثلث ماله فسكت لا يكون إذا بإتلافه ، ولو رأى عده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذا كذا ذكره الريلعى فى المادون . ولو سكت عن وطء أمت لم يسقط المهر ، وكذا عن قطع عصبه أحدا من سكوته عند إتلاف ماله ، ولو رأى المالك رجلا يبيع مناعه وهو حاضر ساكت لا يكون رصا عندنا خلافا لابن أبى ليلى ، ولو رأى قننه يتزوج فسكت ولم ينه لا يصير إذا له فى السكاح ، ولو تزوجت غير كفء فسكت أولى عن مطالبة الفريق ليس برضا وإن طال ذلك ، وكذا سكوت امرأة الغنم ليس برضا ولو أقامت معسرين وهى فى جامع الفصولين ، وفى عارية الحاية الإعارة لا تثبت بالسكوت . وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق الأولى سكوت البكر عند استثمار ولها قبل التزوج وبعده . لثانية سكوتها عند قبض مهرها . الثالثة سكوتها إذا بلغت كمر . الرابعة حلفت ألا تزوج فزوحها أبوها فسكتت حدثت . الخامسة سكوت المتصدق عليه قبول الموهوب له . السادسة سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن . السابعة سكوت الوكيل قبول ويرتد برده . الثامنة سكوت المقر له قبول

ويرتد برده . التاسعة سكوت المفوض له قبول التمويض وله رده . العاشرة
سكوت الموقوف عليه قول ويرتد برده وقيل لا . الحادية عشر سكوت أحد
المتبايعين في بيع الملحقة حين قال صاحبه قد بدالى أن أجعله معا صحيحا . الثانية
عشر سكوت المالك القديم حين قسمه ماله بين القائمين رضا . الثالثة عشر سكوت
المشتري بالخيار حين . أى العبد يبيع ويشترى مسقط لخياره . الرابعة عشر
سكوت ابائع انسى له حق حسن المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع إذن
يقبضه صحيحا كان لسع أم فاسدا . الخامسة عشر سكوت الشفيع حين عدا يبيع
مسقط لشفيعه . السادسة عشر سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى
إذن في النجارة . السابعة عشر لو حلف المولى لا يذن له فسكت حيث في
ظاهر الرواية . الثامنة عشر سكوت القم واقبضه عند بيعه أو رهه أو دفعه
بجمابة إقرار برقه بن كان يعقل ، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرصه لبيع
أو ترويجه . التاسعة عشر لو حلف لا يذل فلانا في داره وهو مال في داره
حيث . لالوه . اخرجها فأتى أن يخرج فسكت . العشرون سكوت الروح
عند ولادة المرأة وتنهى إقراره فلا يثبت بيمينه . الحادية والعشرون سكوت
المولى عند ولادة أم ولده إقراره . الثانية والعشرون سكوت قبل لسع
عند الإحار ، العيب يصح العيب إن كان محمدا عدلا ، لالوكل فاسقا عبده .
وعندهما هو رضا ولو كان فاسقا . الثالثة والعشرون سكوت البكر عند
إحبارها تزويج الولي على هذا الخلاف . والرابعة والعشرون سكوته عند
بيع زوجته أو قريبه عقارا إقراره بأنه ليس له على ما أفنى به مشايخ سمرقند
خلافا لمشايخ بخارى فينظر انفق فيه . الخامسة والعشرون رأى يبيع أرضا
أو دارا فتصرف به المشتري رماها وهو ساكت تسقط دعواه . السادسة
والعشرون أحد شريكي العنق قال لآخر إني أشتري هذه الأمانة لنفسى خاصة
فسكت الشريك لانكون لهما . السابعة والعشرون سكوت الموكل حين قال له
الوكيل شراء معنى إني أريد شراءه لنفسى فشراه كان له . الثامنة والعشرون
سكوت ولي لصى لعاق إذا رآه يبيع ويشترى إذن . التاسعة والعشرون

سكوته عند رؤية غيره يشق زفه حتى سال ما فيه رضا . الثلاثون سكوت الخائف لا يستخدم ملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينه حث . هذه الثلاثون في جامع الفصولين وغيره . وزدت ثلاثا ، اثني من القية . الأولى دفعت في تحجيرها لبنتها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت فليس له الاسترداد . الثانية أضفت الأم في جهازها ما هو معتاد فسكت الأب لم تضمن الأم . الثالثة باع جارية وعليها حل وقرطان ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلم المشتري الجارية وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان المال لها ، كذا في الطهريّة . ثم ردت أخرى : القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح . وأخرى على خلاف فيها : سكوت المدعى عليه ولا عذر به إنكار ، وفيل لا ويحس ، وهي في قضاء الخلاصة . فهي خمس وثلاثون : ثم رأيت أخرى كنتها في الشرح من الشهادات : سكوت المركي عند سؤاله عن الشاهد تعديل . السابعة والثلاثون سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن كما في القية ، انتهى .

وجاء في الأشباه والظائر للبطوني (ص ٩٧ — ص ٩٨) : لا ينسب إلى ساكت قول ، هذه عبارة الشافعي رضي الله عنه . ولهذا لو سكت عن وطء أمته لا يسقط المهر قطعا ، أو عن قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط صمائه بلا خلاف ، بخلاف ما لو أذن في ذلك . ولو سكتت الثيب عند الاستئذان في النكاح لم يقيم مقام الإذن قطعا . ولو علم البائع بوطء المشتري الجارية في مدة الجوار لا يكون إجارة في الأصح . ولو حمل من مجلس الخيار ولم يمنع من الكلام لم يطل خياره . وحرر عن القاعدة صور . منها البكر سكوتها في النكاح إذن للأب والجد قطعا ، ولسائر العصبه والحاكم في الأصح . ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه يجعله كالشكر التاكل وترد اليمين على المدعى ومنها لو نقص أهل الدمة ولم يشكر الباقر بقول ولا فعل بل سكتوا انتقص فيهم أيضا . ومنها لو رأى السيد عبده يتلف مالا لغيره وسكت عنه صمته . ومنها إذا

سكت المحرم وقد حلقه الحلاق مع القدرة على معه لزمته الفدية في الأصح .
ومنهالو باع العبد البائع وهو ساكت صح البيع ، ولا يشترط أن يعرف البائع
سيده في الأصح . ومنها القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة لفظه في
الأصح . ومنها مسائل أخرى ذكرها القاضي جلال الدين اللقي ، أكثرها
على ضعيف ومعضها اقترن به فعل قام مقام النطق ، وبعضها فيه نظر .

من هذه النصوص ببيان أن السكوت في الفقه الإسلامي يعتبر قبولا إذا
اقترنت به ملاسات تحمل دلالة تصرف إلى الرضاء . وقد أحد التقنين
المحدثي العراقي هذه القاعدة ، جرت المادة ٨١ منه بما يأتي :
١ - لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة
إلى البيان يعتبر قبولا .

٢ - ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين
المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل . أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من
وجه إليه . وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها
قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط .

فعدد التقنين العراقي من هذه الملاسات التي تصرف دلالة السكوت إلى
الرضاء ثلاثة .

(أولا) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا
التعامل . ويدخل في ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق
عليه ، وسكوت أحد المتبايعين في بيع الثلثة ، وسكوت المشتري بالخيار
حين رأى العبد يبيع ويشترى ، وسكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين
رأى المشتري قبض المبيع ، وسكوت الراهن عند قبض المرهن العين المرهونة .

(ثانيا) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . ويدخل في ذلك
سكوت المتصدق عليه ، وسكوت المفوض ، وسكوت الموقوف عليه .

(ثالثا) سكوت المشتري بعد أن يتسلم الصائع التي اشتراها قبول لما ورد في قائمة الثمن من شروط . والملابس هنا مخرج عن ملابس أعم ، هو أن يكون الشخص في وضع بحيث لو لم يكن راضيا لما سكنت عن التصريح بالرفض ، فيعتبر سكوته رضاء . ويدخل في ذلك سكوت البكر عند الزواج فهي تتخرج من إظهار الرضاء لأم التصريح بالرفض ، بخلاف الثيب فهي لا تتخرج في الحالات . ويدخل في ذلك أيضا سكوت الشفيع حين علم بالبيع ودلالة السكوت هما الرفض لا القبول . ويدخل في ذلك أيضا سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري ، وسكوت القن ، وسكوت اروح عند الولادة ، وسكوت المولى عند ولادة أم ولده ، والمسكوت قبل البيع عند الاحرار بالاميب . والسكوت عند بيع اروجة أو تقريب عقارا ، وسكوت شريك العيان . وقس على ذلك سائر الحالات التي ورد ذكرها في النصوص .

فهرس

مهد

الصفحة

١	تحديد الموضوع وبيان أهميته ..
٢	خطة البحث ..

مقدمة

١ - الحق الشخصي والحق العبي ومصادر كل منهما في الفقه الإسلامي

٤	الحق والرخصة في الفقه العربي - مرله وسطى
٥	هذه المرله الوسطى يعرفها الفقه الإسلامي

١ - الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

أولاً - الحق الشخصي أو الالتزام

٩	التعريف مستعار من الفقه الغربي
١٠	الالتزام تشمل على روابط قانونية متعددة
١٨	الالتزام بالدين
١١	الالتزام بالعبي
١٢	الالتزام بالعمل
١٢	الالتزام بالتوقيف
١٣	الدين والعين
١٤	المميز بين الدين والعين غير المميز بين الحق الشخصي والحق العيني
١٥	برور المميز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي - نظرية العامة
١٦	نظريه العامة في الفقه الإسلامي
١٨	الدين والعين في نطاق نظرية العامة
٢	اختفاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي
٣١	هل تطور التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي الى تمييز بين الحق الشخصي والحق العيني

ثانياً - الحق العيني

الصفحة

٢٦

حصر الحقوق العينية وتقسيمها الى اصالية وتبعية

(١) الحقوق العينية الاصالية

٢٦	حصرها وردعا الى حق الملك
٢٧	حق الملك السام
٢٨	حق النفعة
٢٩	حق الرقعة
٣٠	حقوق الارتفاق
٣١	حق التبعية في الحقوق العينية الاصالية

(ب) الحقوق العينية التبعية

٣١	حضان عيال في الفقه الاسلامي
٣٢	حق الرهن
٣٢	حق الحسب
٣٣	مقاربة بالفقه العربي
٣٣	حق شطحي يتقلب الى حق عيني
٣٤	تدرج الحقوق في الفقه الاسلامي من حيث سطحتها بالمي أو بالذمة

٢ - حصر مصادر الحق في الفقه الاسلامي

أولاً - مصادر الحق الشخصي^١ أو الالتزام

(١) العقد

٣٦	استخلاص نظرية عامة للعقد في الفقه الاسلامي
٣٧	نقد الفقه الاسلامي من حيث رسالة العقد

(ب) الارادة المنعقدة

٣٨	اتساع ميدان الارادة المنعقدة في الفقه الاسلامي
٣٩	تصرفات هي عقود في الفقه الفرنسي ولم في الفقه الاسلامي بآرائه منفردة
٤٢	تصرفات سم بآرائه منفردة
٤٣	الارادة المنعقدة تحدث آثارا أخرى غير إنشاء الالتزام

(ج) العمل غير المشروع

٤٤	لاتوجد قاعدة عامة
٤٤	حق الله وحق الممد
٤٥	جزاء حق الله

الصفحة

٤٦	جزاء حق المبدأ
٤٦	العقوبة الخاصة
٤٨	أجزاء التي تدور بين العقوبة والعصيان
٥٥	العصيان

(د) الأتراء بلا سبب

٥٥	معارفه بين الفقه الإسلامي وأتراءون الروماني وأتراءون الانجليزى
٥٦	دفع غير المستحق
٥٧	الأتراء بلا سبب
٥٩	الفصله

(هـ) القاتون

٦٠	الترامات مصبرها الشرع
٦١	تألى الفقهاء المحدثين بالفقه الغربى

ثانيا - مصادر الحق العيسى

٦١	توزيع البعث
٦٢	أسباب الملك
٦٣	أسباب الحقوق المحردة أو حقوق الأربطاق
٦٤	أسباب الرهن والحبس
٦٥	تأصيل مصادر الحق الشخصى والحق المسمى وردها جميعا إلى الصرف القانونى والوفاء القانونى
٦٦	الفقه الغربى
٦٧	الفقه الإسلامى

القسم الأول

التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى

٧٢	توزيع البعث
----	-------------

المطلب الأول - التعبير عن الإرادة باللفظ

صيغة العقد العقبة

١ - الإخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة

الصفحة

٧٥	صع الحال والاستحال
٨٨	صع الماضي
٨٨	صيغة المضارع
٨٩	صع الامر والاستفهام والاستقبال
٩٠	المبدأ المصام

٢ - استعراض النصوص الفقهية في صيغة العقد اللعظية

٩١	المنهج الحقنى
٩٤	منهج مالك
٩٨	المذاهب الأخرى

المطلب الثانى - التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

١٠٠	١ (الرسالة والكتابة
١٠٢	المنهج الحقنى
١٠٥	منهج مالك
١٠٥	المذاهب الأخرى
١٠٦	٢ (الانتاره
١٠٨	٣ (انعطاف أو انعطاف
١٠٨	المنهج الحقنى
١٢٠	منهج مالك
١٢٣	المذاهب الأخرى
١٢٥	٤ (أى موقف آخر يفتل على الرضا
١٢٩	٥ (السكوت

A.U.B. LIBRARY

[illegible]

RELURE MODERNE

BEYRUTH Tel 307628

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



00538078

JK

349.297

Sa22mA

v.1

c.2